

[REDACTED]

SENTENCIA N° 77/16

En Granada, a 8 de marzo de 2016

D.^a María José Fernández Alcalá, Magistrada-Juez adscrita al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada, ha visto y examinado los presentes autos de juicio ordinario en ejercicio de la acción de impugnación de condiciones generales de la contratación, tramitado en este Juzgado con el número [REDACTED] a instancia de [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED], representados por la Procuradora [REDACTED] y asistidos de la Letrada [REDACTED] [REDACTED], frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por la Procuradora [REDACTED] y asistido del Letrado [REDACTED] [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 19 de septiembre de 2014, [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED], a través de su representación procesal, presenta demanda de juicio ordinario frente a Banco Popular Español S.A., **en la que, en síntesis, se alega lo siguiente:**

- El 22 de julio de 2009 los demandantes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad demandada, en el que se pactó que, hasta el 4 de diciembre de 2009, se aplicaría el tipo de interés nominal del 2,15% y a partir de ese momento se aplicaría el euribor más un diferencial del 1,05 % menos las bonificaciones por contratación de productos y servicios de la entidad. No obstante la entidad demandada incorporó una cláusula limitativa de la bajada de tipos de interés del 3,250 %.
- La citada cláusula fue impuesta a los demandantes, con posterioridad solicitaron su eliminación a la entidad demandada oponiéndose a ello.

- La cláusula impugnada no cumple los requisitos de incorporación ni de transparencia.

Solicita que se declare la nulidad de la estipulación contenida en el apartado 3.3 de la cláusula financiera tercera del contrato con garantía hipotecaria de fecha 22 de julio de 2009, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límite de suelo del 3,250 %, condenando a la demandada a la eliminación de dicha condición así como al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- El 28 de noviembre de 2014, Banco Popular a través de su representación procesal, presenta escrito de contestación a la demanda en la que en síntesis alegan lo siguiente:

- Opone la excepción de prejudicialidad civil
- Sostiene que la cláusula impugnada es lícita y fue negociada por las partes.
- La redacción de la cláusula es clara y su ubicación en el contrato es la correcta.
- Niega que la demandante desconociera la existencia de la cláusula suelo impugnada siendo la información facilitada más que suficiente.
- La declaración de nulidad, en todo caso, no tendría efecto retroactivo.

TERCERO.- La audiencia previa se celebra el 7 de marzo de 2016, en este acto, las partes se ratificaron en sus planteamientos iniciales, concretaron sus pretensiones, se pronunciaron respecto a los documentos aportados de contrario y propusieron como prueba la documental, por lo que, de conformidad con el art. 429.8 L.E.C., quedaron los autos conclusos para dictar sentencia

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda tiene por objeto el ejercicio de la acción impugnación de la cláusula suelo incorporada al contrato de préstamo suscrito por las partes.

Son hechos controvertidos si la cláusula impugnada fue negociada individualmente, si se ofreció a la actora la información sobre las consecuencias jurídicas y económicas de la aplicación de la cláusula impugnada, si la entidad

financiera actuó de buena fe y si la cláusula impugnada afecta al equilibrio de prestaciones entre las partes.

SEGUNDO.- La cláusula objeto de impugnación se encuentra ubicada en el cláusula financiera 3.3 que lleva por rúbrica "**Límite a la variación del tipo de interés aplicable**" y cuyo tenor literal es el siguiente: "*No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,250 %*"

El primero de los problemas que se plantea es el relativo a la naturaleza jurídica de la cláusula cuya nulidad se pretende y, en concreto, si constituye una condición general de la contratación. Para solucionarlo, ha de acudirse al tenor literal del artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que establece que "*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*". Precepto que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia de 9 de mayo de 2013, donde sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

"a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse."

Por tanto, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante, a tenor de la referida sentencia: *"la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias", "que el adherente sea un profesional o un consumidor "*

La parte demandada ni concreta las especiales circunstancias que supuestamente determinaron la negociación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes ni propone ninguna prueba tendente a acreditar que la cláusula impugnada fue negociada individualmente. Por tanto, atendiendo a la regla de la carga de la prueba prevista en el p. 2º del art. 82.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.(TRLDCU) corresponde en todo caso a la entidad demandada acreditar que la cláusula impugnada fue negociada individualmente.

La citada STS de 9 de mayo de 2013, en las letras b) y c) de su razonamiento jurídico 165 *"no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario", ni "tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios". Es un hecho notorio en la práctica de la negociación de los préstamos hipotecarios con entidades bancarias que la parte prestataria no puede más que aquietarse a firmar el contrato, incluyendo la cláusula en cuestión, so pena de tener que contratar con otros operadores bancarios en similares circunstancias, sin que se haya acreditado por la parte demandada que en el caso de autos, los demandantes se encontraran en una posición diferente en la negociación de la cláusula impugnada.*

Por todo lo expuesto, se ha de considerar acreditado que la denominada "cláusula suelo" objeto de la presente litis es una estipulación incorporada a una condición general de la contratación, lo que equivale a cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a

incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa), en las que se admite la libertad de contratación, pero no la libertad contractual del poder influir en el contenido de la misma (SAP de Granada, secc. 3ª, de 26 de septiembre de 2014)

TERCERO.- Una vez declarada el carácter de condición general de la contratación de la cláusula impugnada la misma ha de ser sometida a un control de transparencia conforme establece conforme establece la STS de 9 de mayo de 2013 que consiste en *1º superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, y el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no ha percibido que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le ha permitido un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, –a lo que antes aludíamos– para garantizar que el consumidor disponga de la información necesaria para poder tomar su decisión teniendo en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.”.*

Esto es, el Tribunal Supremo en su Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 nos enseña que *“las cláusulas suelen ser en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Corresponde a la libre iniciativa empresarial el fijar el interés al*

que presta el dinero y el diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es esta. El cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suelo con una barrera superior”.

El primer control de transparencia se refiere al modo de inclusión en el contrato, que afecta todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a los contratos. Y un segundo control, limitado a los supuestos en los que el contratante es un consumidor, que se extiende a la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato y que se desprende del tenor literal del artículo 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por a tenor del cual *"en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido "*.

En este segundo control, desarrollado por STS de 9 de mayo de 2013, se ha de tener en cuenta, como pautas de actuación y criterios de valoración, determinadas circunstancias, que a modo de catálogo abierto dejó apuntada la citada Sentencia que, sin tener el carácter de *numerus clausus*, permiten, en el juicio de ponderación al que aludía el auto aclaratorio de esa Sentencia de 3 de junio de 2013, el determinar sobre el grado de cumplimiento del requisito de transparencia, los siguientes indicios reveladores de la falta de transparencia:

1. la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las

- bajadas del tipo de referencia (el tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza);
2. la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia;
 3. la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato;
 4. su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;
 5. la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y
 6. la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

CUARTO.- En el presente caso, la parte actora alega la ausencia de transparencia e información por parte de la entidad demandada en el desarrollo de la fase precontractual, puesto que ningún tipo de minuta, resumen de condiciones financieras u oferta vinculante se les facilitó con carácter previo a la firma de la escritura. Esta alegación enlaza con el llamado primer filtro de transparencia relativo a la incorporación de la cláusula suelo impugnada al contrato de préstamo hipotecario.

La parte demandada se opone a esta alegación argumentando que la cláusula tiene una redacción clara, estando situada en su ubicación lógica y se dio cumplimiento a los requisitos exigidos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

En relación al análisis del primer filtro de transparencia relativa a la redacción y ubicación de la cláusula impugnada, es preciso tomar en consideración la reciente STS de 23 de diciembre de 2015, que se refiere precisamente a una cláusula limitativa de interés mínimo incorporada a una escritura de préstamo del Banco Popular y cuya redacción es idéntica a la que es objeto de este procedimiento, concluyéndose que *“Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de modo que*

prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco.

Además resulta relevante la fijación de un mínimo de significativa cuantía (4,50%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés.

Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

La cláusula recibe asimismo un tratamiento impropiaamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia.”

De este modo, asumiendo el análisis expuesto no cabe sino concluir que la cláusula impugnada no sólo no supera el primer filtro de incorporación sino tampoco el segundo filtro de transparencia, puesto que el hecho de que no se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni se haya ofrecido información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a los demandantes de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

Las mismas circunstancias concurren en la cláusula objeto de impugnación en este procedimiento puesto que, siendo su redacción clara, se encuentra ubicada en una cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

Pero es que la cláusula impugnada tampoco supera el segundo filtro de transparencia, aquel que determina si el adherente conoció o pudo conocer las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de la aplicación de la cláusula impugnada y que la información facilitada le ha permitido percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. En este sentido no se ha

practicado medio de prueba alguna que permita inferir cual fue la información que recibieron los demandantes del verdadero sentido y alcance de la cláusula limitativa del interés mínimo incluida en el contrato de préstamo hipotecario.

Por todo lo expuesto, y en la medida que concurren cinco de los seis signos reveladores de la falta de transparencia de las cláusulas suelo establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013 (la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, la ausencia de simulaciones de escenarios diversos y la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad) ha de considerarse suficiente para concluir que la entidad demandada no informó perfectamente a la demandante de que, en el caso de bajar el índice de referencia, su préstamo se convertiría, de facto, en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, por lo que el mismo no pudo comprender de modo real el alcance y repercusión que la cláusula tendría en el futuro.

No habiendo superado la cláusula impugnada el doble filtro de incorporación y transparencia establecido por la jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo, procede declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en el apartado 3.3 de la cláusula primera del contrato de préstamo celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario de Granada [REDACTED] con número de Protocolo [REDACTED], el día 22 de julio de 2009

QUINTO.- La regla general en materia de costas aparece contenida en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece. *“En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones...”*, procede por tanto imponer las costas a la parte demandada..

FALLO

SE ESTIMA la demanda presentada por D. [REDACTED], en nombre y representación de D [REDACTED] y [REDACTED], frente a Banco Popular Español S.A., y en consecuencia:

1. Declaro la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, del apartado 3.3 de la cláusula primera del contrato celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario de Granada D. [REDACTED] [REDACTED] con número de Protocolo [REDACTED], el día 22 de julio de 2009 y cuyo contenido literal es: *"No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,250 %"*.
2. Condeno a la entidad demandada a la eliminación de dicha condición así como al pago de las costas causadas en el procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes del proceso.

Contra esta resolución podrá interponerse, previa consignación de depósito correspondiente, recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Granada, que habrá de interponerse en este Juzgado en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo María José Fernández Alcalá, Magistrada-Juez adscrita al Juzgado de lo Mercantil n. ° 1 de Granada.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en GRANADA.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.