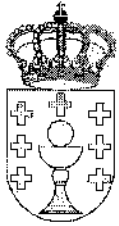




XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 OURENSE

SENTENCIA: 00289/2019



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SENTENCIA

En Orense, a 24 de mayo de 2019.

Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de **797/17**, seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como parte demandante, [REDACTED]

[REDACTED] representados por la Procuradora Sra. Esther Campos Álvarez y asistida por Letrado contra **BANCO SANTANDER S.A (anterior BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A)** representada por la Procuradora Sonia Juiz Casas y asistida de Letrado ha dictado la siguiente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Esther Campos Álvarez en la representación acreditada interpuso con fecha 25 de septiembre de 2017, demanda de juicio ordinario en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando se dictase Sentencia en los términos que señala en el suplico de la misma.

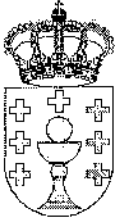
SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda interpuesta se emplazó al demandado para comparecer y contestar, cosa que efectuó en fecha 24 de enero de 2018 oponiéndose a la misma.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva Audiencia Previa para el día 4 de julio de 2018. Llegado el día, compareciendo ambas partes proponiendo la parte actora documental y testifical, y la demandada documental, interrogatorio de los actores y testifical, siendo convocados a la correspondiente vista que tuvo lugar el día 20 de mayo de





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2019 con renuncia de la parte demandada a la testificales, tras la correspondiente práctica y conclusiones, quedó pendiente de dictar sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Nos hallamos ante un procedimiento ordinario en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. En concreto, expone en la demanda que [REDACTED]

[REDACTED] en fecha 9 de febrero de 2010 suscribió con la entidad bancaria un préstamo con garantía hipotecaria con el fin exclusivo de financiar gastos familiares (pago de vehículo, estudios de su hijo, liquidación de préstamos anteriores) con motivo de la situación de insolvencia y para mantener la economía doméstica y familiar. Es por ello que solicitan se dicte sentencia en virtud de la cual

1º.- DECLARAR la nulidad de la cláusula 3º BIS en su apartado 4º, relativa al "LIMITE DE VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS ("cláusula suelo") en el préstamo hipotecario objeto de la litis y en consecuencia:

(a).- **CONDENAR** a la demandada a eliminar dicha cláusula del préstamo objeto de la litis.

(b).- **CONDENAR** a la demandada a la devolución de las cantidades cobrado de más en aplicación de la referida "cláusula suelo" así como a reintegrar todas aquellas cantidades que se paguen en exceso desde la presentación de esta demanda y hasta la completa eliminación.

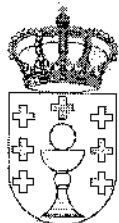
(c).- **CONDENAR** a la demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario a interés variable suscrito con la demandante, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

(d).- **CONDENAR** a la demandada a abonar a la parte actora los intereses legales desde cada abono hasta el dictado de la Sentencia e incrementados en dos puntos conforme el art.576 de la LEC y hasta su completo pago.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

2º.- CONDENAR AL ABONO DE LAS COSTAS PROCESALES a la demandada".

Frente a ello, **la parte demandada** se alza en oposición en primer término negando la condición de consumidor de los actores. Respecto al fondo del asunto invoca que la actuación de los actores es contraria a sus propios actos propios. De este modo, se señala que no es posible aplicar la normativa tuitiva de consumidores y usuarios y de la sujeción del mismo al primer control de transparencia o de incorporación. Que la cláusula suelo es lícita y en ella no concurren los requisitos o características que aprecia el TS para declarar la ineficacia de la cláusula limitativa en la STS de 9 de mayo de 2013. Que la cláusula se encuentra incorporada a la escritura de manera expresa, como cláusula principal y ubicación óptima. Que está redactada de manera clara y comprensible, supera los controles de incorporación y transparencia, y la parte actora conocía su existencia y contenido. Y que existió oferta vinculante, el Notario informó de todas las circunstancias contenidas en la escritura. Es así que solicita la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

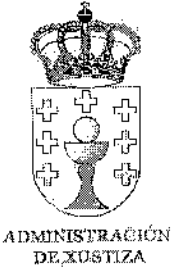
SEGUNDO.- CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL ACTOR.

En primer lugar ha de examinarse si el demandante tiene la condición jurídica de consumidor como se mantiene la parte actora.

En este sentido y como señala la Ilma Audiencia de Ourense en sentencia de fecha 25 de abril de 2017, **dicha cualidad viene dada por la finalidad del préstamo hipotecario concedido.**

A tal efecto, la derogada Ley 26/1984, definía a los consumidores o usuarios, en su artículo 1, 2 y 3, desde una doble perspectiva: positiva y negativa. En cuanto a la primera de ellas, eran considerados como tales "las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". Y,





desde un punto de vista negativo, señalando que no ostentarán tal condición "quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieren, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

A efectos de dicha Ley, el consumidor era la persona que adquiere bienes para su propia satisfacción a modo de estación final del iter económico del proceso productivo, cuando se agota el curso de los bienes y servicios, quedando excluido de tal concepto los empresarios y profesionales que, aun adquiriendo e incluso consumiendo tales productos, lo hacen insertándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación a terceros.

El artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores define el concepto de consumidor, señalando:

"A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

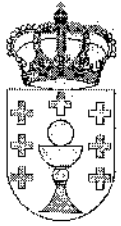
- a) "cláusulas abusivas": las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;
- b) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;
- c) "profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

En nuestro Derecho, el artículo 3 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 Consumidores y Usuarios, señalaba en la misma línea: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".





Y el artículo 4 del mismo Real Decreto Legislativo concretaba respecto al concepto de profesional o empresario: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada".



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

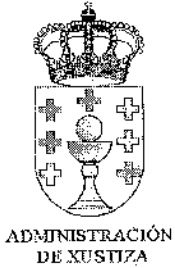
La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción a ambos preceptos, pero incidiendo en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

De esta forma, el nuevo artículo 3 establece que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Añadiendo que "son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

El artículo 4 insiste en el mismo concepto: "A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

El problema puede plantearse cuando se trata de actos mixtos; aquellos en los que el bien o servicio se destina a la satisfacción de necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales. El artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios no da respuesta tales situaciones, pero la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores aclara, en su considerando décimo séptimo, que en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no vinculado a la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada





como consumidor. En la misma dirección la Directiva 2014/17/UE, de 4 de octubre, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial insiste en su considerando décimo segundo en que "la definición de "consumidor" debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las actividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor".

A falta de prueba sobre la cuestión examinada, ha venido existiendo una especie de presunción sobre la condición de consumidor de los prestatarios personas físicas. Sin embargo, lo cierto es que los hechos constitutivos de la pretensión deben ser acreditados por quien la ejercita, de forma que si se formula una acción de nulidad de condiciones generales por abusivas fundada en la condición de consumidor, ésta también debe acreditarse especialmente en supuestos en que aparentemente, se aprecia el destino empresarial o mercantil del crédito objeto de la póliza. Ha de tenerse en cuenta que no puede exigirse la prueba de un hecho negativo como sería que no se desarrolla una actividad comercial o empresarial, incumbiendo al que afirme tal circunstancia, como hecho obstativo de la pretensión, la carga de la prueba (artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No puede exigirse la prueba de un hecho negativo, pero sí del hecho positivo relativo a que actuó con fines de consumo privado, que la finalidad del préstamo era para su aplicación en el ámbito de este consumo privado, prueba que está al alcance del propio consumidor, atendiendo al principio de disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En el presente caso, la parte actora en su demandada ya señala que la finalidad del referido préstamo hipotecario lo fue para refinanciar diversos gastos familiares, así la cancelación de préstamos anteriores para compra de vehículo así como para pago de estudios universitarios del hijo común.





Pues bien, baste estar a la contundente prueba documental con la que contamos más allá de la propia declaración de [REDACTED] que ratificó el destino de dicho préstamo hipotecario, esto es la cancelación del préstamo personal por importe de 25.841'73 euros (doc. 10 de la demanda al folio 45 del procedimiento) que corresponde la compra de vehículo Opel insignia (folio 150 del procedimiento), préstamo formalizado en fecha 29 de septiembre de 2009 y cancelado en febrero de 2010 con parte del préstamo hipotecario objeto de Litis. Dichas afirmaciones fueron confirmadas por [REDACTED] padre de la codemandante, quien afirmó tajantemente que puso su vivienda en garantía del préstamo que se suscribió porque el mismo lo era para pagar los estudios de su nieto en Vigo, para la adquisición de un coche para la familia (vehículo que siguen usando en la actualidad) así como para la familia.

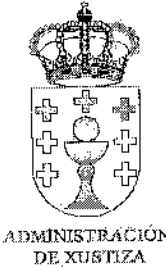
A ello debemos añadir que con éste se cancelaron los préstamos formalizados en el año 2006 y 2008 (folios 143 y ss del procedimiento) en los que claramente consta como objeto de sendos préstamos personales, "imprevistos familiares" (folio 143 y 146 vuelto). Todo ello al margen de que de conformidad con el documento nº 8 aportado en el acto de la Audiencia Previa, folio 169, se verifica perfectamente el destino del préstamo concedido, pues estamos ante un correo electrónico remitido por la gestoría en el que se desglosa que el destino de los 73.721'58 euros es para:

- Liquidación de seguro (que cobra el propio banco) por importe de 7.721'58 euros.
- Liquidación de escrituras: 3.200 euros.
- Liquidación Cto. Cainova-personal: 22.394'64 euros.
- Liquidación Cto. Cainova-Personal: 6.283'83 euros.
- Liquidación Financiera- vehículo personal: 25.841'73 euros.
- Liquidación financiación bicicleta: 1.500 euros.

Quedando un saldo resultante de 6.779'80 euros para gastos familiares.

De este modo, sólo puede estimarse que actuando los actores como personas naturales, uno [REDACTED] y otra [REDACTED], no puede sostenerse que hayan podido destinar el importe del préstamo hipotecario a una finalidad distinta de la privada en cuanto actúan como personas físicas y estando claramente acreditado cual ha sido el destino del préstamo litigioso, la refinanciación de distintos préstamos personales





existentes que se habían concedido para imprevistos familiares y compra de un vehículo particular. Es más, se acredita mediante los documentos de reclamación previa a la vía judicial que la misma la efectuaron al amparo del RDL 1/2017, por lo que sólo puede sostenerse que no es posible modificar la condición de consumidores que ostentan los actores en esta operación, por lo que debe darse el amparo de la normativa protectora de consumidores a los efectos pretendidos en el presente procedimiento

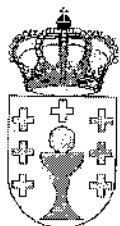
TERCERO.- La cláusula suelo impugnada como condición general de la contratación. En primer lugar, se analizará si la cláusula a la que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, posee el carácter de condición general de la contratación y si fue impuesta por la entidad bancaria demandada. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva.

Sostiene la parte actora que la entidad demandada redactó unilateralmente las cláusulas cuya nulidad se insta, sin alternativa alguna para los prestatarios, negociando únicamente la suma prestada, las cuotas y los plazos de devolución. La entidad demandada se opone por entender que se negoció el contenido de las principales cláusulas del contrato de préstamo y, en particular, la cláusula de suelo. Además, destaca la entidad demandada que a la actora se le informó de las cláusulas por parte de la entidad bancaria y también cuando se le entregó la oferta vinculante y en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario.

El artículo 1, apartado 1, de la LCGC dispone 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.*

El citado artículo 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes. En materia de condiciones insertas en contratos con consumidores (los actores tienen la condición de consumidores pues destinaban el capital





prestado a la adquisición de vivienda y, por tanto, actuaban con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión) resulta útil lo dispuesto en la Directiva 93/13, artículo 3.2, a cuyo tenor *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala en su apartado 162 que *"en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario"*, añadiendo en su apartado 164 que *"Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva"*.

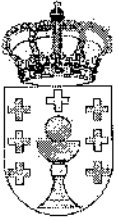
Pues bien, la alegación vertida por la parte demandada sobre que la parte actora tuvo información de la cláusula hasta en distintas ocasiones -cuando el empleado de la entidad les explicó las condiciones financieras, cuando le entregó la oferta vinculante, cuando suscribieron el préstamo- no es suficiente para llegar a la conclusión de que se haya negociado. La calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido o no conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al artículo 7 de la LCGC), sino de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes y esté destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

La naturaleza "impuesta" o "negociada" de una cláusula dependerá de si ha existido una transacción o convenio individualizado que permita al consumidor influir en su





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

supresión, sustitución o modificación de su contenido; o, si por el contrario, no ha tenido la oportunidad de tal negociación, bien porque ni siquiera se planteó como posibilidad, bien porque, habiéndose planteado, se rechazó de plano por el empresa, de tal forma que el consumidor se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Lo relevante, a los efectos que nos ocupa, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el consumidor haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

En el supuesto de autos, no ha quedado acreditado mediante prueba alguna objetiva la negociación individual de dichas cláusulas, muy al contrario, de la declaración del actor tan sólo se desprende que no negoció ninguna cláusula del contrato siendo informado exclusivamente de la cuota y el plazo, versión que corrobora el empleado de la entidad que a dicha cláusula no se le daba mucha importancia sin llegar a indicar al cliente de la existencia de un límite mínimo a pagar.

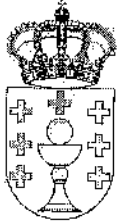
A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula discutida no fue objeto de una negociación individualizada.

Por lo expuesto, debe partirse de que nos hallamos ante cláusula prerredactada por el banco y no negociada, conclusión a la que nada obsta la intervención de notario. La realidad demuestra que el borradore de escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para





firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo, y aunque se haya procedido a la lectura de las escrituras públicas por el Notario autorizante, tampoco debe olvidarse que cuentan con numerosos folios, lo que hace muy difícil en la práctica localizar por parte del consumidor el contenido que va a ser relevante en la vida del préstamo, más aun cuando -como es el caso- ni siquiera fueron resaltadas en "negrita".



Declarada como condiciones generales de la contratación procede examinar si la cláusula sobre límite al tipo de interés inserta en la escritura es o no abusiva

TERCERO.- NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA.

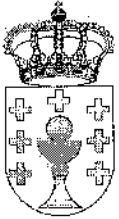
En relación a esta cuestión se deja constancia de que se solicita la nulidad de la cláusula suelo que consta en la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 9 de febrero de 2010, en concreto la cláusula TERCERA 3 que lo fija en el 4'00%.

El supuesto de hecho sometido a juicio en este caso es similar como ya hemos indicado al resuelto por el TS en su **sentencia de 9 de mayo de 2013, STS 23 de diciembre de 2015 ó 9 de marzo de 2017** donde fue analizada la validez de las cláusulas suelo/techo incluidas en los contratos de préstamo a la luz de las normas nacionales y comunitarias que protegen al consumidor (Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Consumidores y Usuarios, Directiva 93/13, SSTJUE de 14.06.12 y 21.03.13). El Pleno del Alto Tribunal en aquel asunto (AUSBANC vs. BBVA, CAJAS RURALES UNIDAS y NCG Banco) declaró "la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores...por: a) 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; B) la **falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato**; c) la creación de la **apariencia de que el suelo tiene como contraprestación**





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

inescindible la fijación de un techo (se insertan de forma conjunta la cláusula suelo con la techo como aparente contraprestación de las mismas); d) su **ubicación entre una abrumadora cantidad de datos** entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...); e) **la ausencia de simulaciones de escenarios diversos**, relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; f) **inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad"** (apartado 7º del fallo).

De este modo, para la adecuada resolución del pleito deberá aplicarse la doctrina jurisprudencial citada y valorarse si, en este caso, concurren las circunstancias que indican **la falta de transparencia** de la cláusula suelo discutida, sin que sea necesario para declarar la nulidad, que se den todas a la vez, sino solo alguna de ellas, siempre que sea de tal intensidad que la justifique, por falta de claridad (o transparencia). (En palabras del TS: "las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas" y que "no se trata de una relación exhaustiva" ni tampoco debe concluirse que "la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula", para anularla. Auto de aclaración de 03/06/13).

En el presente caso, las pruebas practicadas y de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho anteriores, se demuestra la concurrencia todas estas circunstancias, por lo que debe anularse la cláusula suelo insertada en el contrato objeto del litigio por:

A) Apariencia de un contrato a interés variable de conformidad con la estipulación Tercera. De hecho debemos resaltar que [REDACTED] en su interrogatorio manifestó que ellos contrataron una hipoteca a interés variable, siendo esta la información que le facilitó el banco.

B) Falta de información suficiente de que se trata de elemento definitorio del contrato: el suelo (apartado 3 de la referida cláusula Tercera) se incluye tras unas larguísimas cláusulas





donde constan las bonificaciones al diferencial; así, parece que los intereses, elemento "definitorio del contrato", ya estaban concretados antes de llegar al punto en el que verdaderamente se concretan fijando un mínimo. O, al menos, no se da la "suficiente" relevancia al mínimo fijado (por ejemplo situando la cláusula suelo al principio de la regulación de los intereses).

C) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada. Ya se ha dicho: para llegar a la cláusula suelo deben leerse varias estipulaciones de la escritura pública relativas a los intereses del préstamo, en las que se incluyen porcentajes, índices de referencia, publicaciones oficiales y normativa bancaria.

D) Ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés: no se ha acreditado de ninguna forma que el cliente haya tenido a su disposición una simulación de la carga económica del contrato aplicando la cláusula suelo en ninguna de las tres escrituras; dice la entidad que "se le hicieron simulaciones", pero ni consta en qué términos ni las hipótesis tenidas en cuenta, ni la recepción por el consumidor.

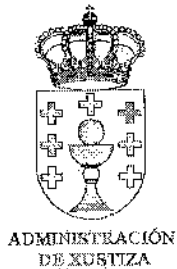
E) Inexistencia de Oferta vinculante.

F) Inexistencia de la advertencia del coste comparativo con otros productos no incluyeran la cláusula suelo.

De este modo, la falta de transparencia es determinante de abusividad y por ende de nulidad de la cláusula suelo inserta en la escritura, no del contrato.

A tal efecto, la reciente STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus (C-421/14), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia: «62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 , las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra - cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo





cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14 , EU:C:2015:447 , apartado 50).

[...]

»67 (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...)». 4. Como venimos entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato.

La cláusula suelo no transparente del caso es nula sin posibilidad —se señala expresamente— de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

CUARTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. La consecuencia no puede ser otra que la establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que es el mantenimiento de la vigencia y obligatoriedad del contrato, expulsando del mismo la cláusula abusiva y dejando subsistente el contrato, el cual puede funcionar perfectamente sin la cláusula suelo litigiosa, sin necesidad de integración, que ha sido prohibida por la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (salvo que la misma sea necesaria para que, en beneficio del consumidor, el contrato siga operando). La cláusula no forma parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable y, consecuentemente, de su objeto y causa, por lo que la demanda ha de ser estimada en cuanto a la pretensión principal y proceder a la declaración de nulidad de la cláusula cuestionada.





En cuanto a las pretensiones de condena a la entidad demandada a devolver a la demandante las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, y a recalcular y rehacer el cuadro de amortización, ha de indicarse que se trata de efectos que la ley asocia a la declaración de nulidad (artículo 1303 del CC) y que se producen aun cuando la parte actora no lo hubiese petitionado expresamente y ello independientemente de que la entidad demandada haya dejado de aplicar la misma de forma voluntaria en un momento dado (y ello a la vista del documento 8 de la contestación a la demanda).

De este modo, la condena al reintegro de las cantidades abonadas de más en aplicación de la cláusula suelo, puede hacerse: bien realizando el recalcular del cuadro de amortización aplicando los abonados en cada momento en exceso al pago del capital, y lo que exceda mediante abono en cuenta; o, bien efectuando la devolución de su total importe mediante el abono en cuenta, lo que obviamente no impide que la parte actora pueda destinar su importe a llevar a cabo una amortización anticipada.

Dicha cantidad devengará intereses legales desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia, se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma y que viene motivada por razones de estricta justicia, para evitar que exista un enriquecimiento injusto o sin causa en beneficio del banco que ha dispuesto de ese capital y sus frutos - los intereses - desde su entrega o desde su pago por el actor. Desde la fecha de esta sentencia, y hasta el completo pago, el tipo de interés será el previsto en el artículo 576 de la LEC.

Y es que el *petitum* articulado se compagina con la solución expuesta. La parte no ha cuantificado la cantidad a restituir sino que se ha limitado a indicar las bases lo que es compatible con las previsiones del art. 219 LEC. Además, no cabe acoger los cálculos aportados de adverso cuando el documento en que se basan no reúne las condiciones de una prueba pericial, carece de autoría y de una explicación de sus bases.

QUINTO.- Costas. Dada la estimación íntegra de la demanda procede la condena en costas a la parte demandada.

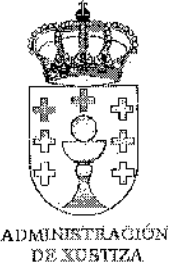
Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación





FALLO

Que **ESTIMO íntegramente** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Esther Campos Álvarez, actuando en nombre y representación de [REDACTED] frente a **BANCO DE SANTANDER S.A**, y en consecuencia en relación a la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 9 de febrero de 2010



I.- **Declaro la nulidad de Estipulación 3.3** que fija el tipo de interés mínimo (cláusula suelo) en el 4'00%.

II.- Condeno a la entidad demandada:

A) A estar y pasar por esta declaración, absteniéndose de aplicar en el futuro la indicada cláusula, eliminando ésta del contrato de préstamo hipotecario y manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

B) A restituir a la actora, en concepto de cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la cláusula de interés mínimo, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que de conformidad con lo exigido por el artículo 219 de la LEC, se calculará con arreglo a las siguientes bases: se aplicará la fórmula financiera prevista en la escritura de préstamo hipotecaria utilizando el índice de referencia correcto, sin aplicación del tope mínimo, más el diferencial pactado, aplicando, en su caso, las reducciones y/o bonificaciones que procedan contractualmente; así podrá determinarse la cuota mixta que correspondía abonar a los prestatarios en el periodo comprendido entre la fecha de formalización de la escritura de préstamo hipotecario hasta que se haya dejado de aplicar la cláusula suelo. Una vez efectuada esta operación el cálculo de la cantidad a compensar o abonar a la prestataria consiste en una simple resta entre lo abonado y lo que debió abonar.

A abonar los intereses legales de las cantidades previstas en la letra B, desde la fecha de cada cobro, hasta la fecha de esta Sentencia. Desde la fecha de esta Sentencia y hasta el efectivo y completo pago de lo debido, las cantidades





devengarán un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos (artículo 576 de la LEC).

A recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, contabilizando el capital que efectivamente debió haberse amortizado.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Orense.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo

Eva María Martínez Gallego,
Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.



