



Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549450
FAX: 935549550
EMAIL:instancia50.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120178036394

Procedimiento ordinario (Contratación - 249.1.5) 579/2017 -1

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmob. Persona física

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Javier Fraile Mena, Javier Fraile Mena
Abogado/a: Jose Maria Ortiz Serrano

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a: Ana Maravillas Campos
Perez-Manglano
Abogado/a: IGOR ANTA PUERTAS

SENTENCIA Nº 187/2017

En Barcelona, a 17 de octubre de 2017.

Vistos por mí, D^a Marta Nadal Disla, Juez en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona, los autos del presente Juicio Ordinario, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fraile Mena, se presentó demanda de juicio ordinario en nombre y representación de D^a [REDACTED] frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se dictara sentencia por la que:

“Se condene a la demandada a la eliminación de la precitada condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula «suelo») de la referida escritura de Préstamo Hipotecario y de Ampliación de plazo y de capital de préstamo hipotecario y novación modificativa.

-Se condene a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula «suelo», resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula suelo y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previstos en la escritura de fecha 21 de





febrero de 2.002 así como en la escritura de fecha 28 junio de 2.007.

-Se condene a la demandada a abonar el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

-SUBSIDIARIAMENTE, en ejercicio de ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se estime íntegramente la pretensión formulada en la demanda, con la condena a BBVA, S.A. a abonar el importe de DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON CINCO CÉNTIMOS (2.996,05 €) todo ello con el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción, y con expresa condena en costas.

-Todo ello, con expresa imposición de costas a la contraparte”.

SEGUNDO.- Por decreto de veintiuno de junio de dos mil diecisiete se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, la cual tuvo lugar, en tiempo y forma por escrito de doce de julio de dos mil diecisiete, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.

TERCERO.- El acto de la audiencia previa tuvo lugar el 26 de septiembre de 2017. En la audiencia previa las partes manifestaron no haber acuerdo entre ellas, se ratificaron en sus planteamientos iniciales y concretaron sus pretensiones; se resolvieron las excepciones procesales y a continuación ambas partes se pronunciaron sobre los documentos obrantes en autos, fijaron los hechos controvertidos, y se solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

Habiendo solicitado la demandada prueba testifical en la persona del empleado del banco, se convocó juicio que finalmente se celebró el 9 de octubre de 2017. Dicho testigo, citado correctamente, no compareció sin justificar el motivo de su ausencia. Por todo ello, los letrados formularon sus conclusiones y quedaron los autos pendientes de resolver.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acciones ejercitadas

Los demandantes ejercitan una acción principal de nulidad de condición general de la contratación y una acción de reclamación de cantidad.

En cuanto a la primera, se pide por un lado la nulidad de la cláusula relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés que resulta incorporada en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de febrero de 2002 ante el Notario del Ilustre Colegio de Cataluña Don Víctor Mateu Porcar, sustituto del Notario de Granollers Don José Ignacio Usón Duch, número 74 de su protocolo, habiendo sido dicho préstamo cancelado en el mes de Julio 2.011.

Por otro lado, se solicita asimismo la nulidad de la cláusula relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés que resulta incorporada en la escritura de ampliación de plazo y de capital de préstamo hipotecario y novación





modificativa de 28 de junio de 2007 suscrita ante el Notario del Ilustre Colegio de Cataluña Don José Poyatos Díaz, número 1.211 de su protocolo, en virtud de la cual, se amplía en NOVENTA MIL EUROS (90.000,00 €) el principal del préstamo anterior, fijando un capital pendiente de amortizar de CIENTO DIECINUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON CUARENTA Y CINCO CÉNTIMOS (119.743,45 €), simismo, se modificó el plazo de duración del préstamo fijándolo en 180 cuotas, entre otras condiciones financieras.

Finalmente, solicitan asimismo la nulidad de la cláusula relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés que resulta incorporada en la Escritura de Novación ante idéntico Notario, en fecha 19 de febrero de 2.008, número 264 de su protocolo, ampliando nuevamente el principal del préstamo en la cuantía de SETENTA Y CINCO MIL EUROS (75.000 €), de este modo, el capital pendiente de amortizar ascendió a la cantidad de CIENTO NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN EUROS CON SETENTA Y UN CÉNTIMOS (191.851,71 €), a su vez se modificó el plazo de duración del préstamo estableciendo el mismo en 300 cuotas, entre otras condiciones financieras (documentos nº 2, 3 y 4 de la demanda).

En cuanto a la segunda acción ejercitada, la de reclamación de cantidad, viene íntegramente ligada a la primera, pues se solicita la devolución de aquellas cantidades que los demandantes hayan pagado en exceso al aplicar la cláusula suelo.

Por su parte, el demandado se opone a lo alegado por el actor. Sostiene que sí hubo negociación previa y que los demandantes conocían perfectamente el contenido y trascendencia de las cláusulas cuya nulidad pretenden, y que, por tanto, las mismas no son abusivas y cumplen con el doble control de inclusión y de contenido (transparencia formal y material).

SEGUNDO.- Posibilidad de analizar la validez de cláusulas de un contrato cancelado y posible caducidad de la acción

En primer lugar, con carácter previo, procede examinar si se puede entrar a analizar las cláusulas de un préstamo hipotecario que se encuentra cancelado. En este sentido, la demandada aduce en su escrito de contestación que se pretende la nulidad de unas cláusulas que son inexistentes al tiempo de presentar la demanda. Efectivamente, el préstamo hipotecario suscrito fue cancelado en fecha 28 de junio de 2007, mediante escritura de novación, la cual se vio cancelada en el año 2011.

En consecuencia, ha de resolverse si cabe llevar a cabo un control de validez de una condición general de la contratación incluida en un contrato de préstamo que a la fecha de interposición de la demanda estaba cancelado, lo que se acredita con la aportación del pantallazo del estado en el cual se encuentra dicho préstamo.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que se ejercita una acción de nulidad con base en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) la cual es de naturaleza imprescriptible conforme al artículo 19.4 de la misma (*"La acción declarativa es imprescriptible"*).

En segundo lugar, conviene aclarar que si bien la LCGC remite al Código Civil para la determinación de los efectos de la nulidad (artículos 9 y 10) la acción declarativa de nulidad no estaría sometida al plazo de cuatro años de





prescripción del artículo 1.303 del CC, ya que la acción no se basa en vicios del consentimiento sino en la referida abusividad y la que daría lugar a una nulidad plena.

Ello no obstante, teniendo en cuenta que BBVA presenta la cuestión como un problema de imposibilidad de pronunciamiento sobre un contrato extinguido, resulta interesante aclarar que no lo es, utilizando como argumento que la consumación del contrato es, precisamente, el momento a partir del cual comenzaría a correr el citado plazo de cuatro años si fuera aplicable (*Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015*). La consumación, diferente de la perfección, se produciría en el momento de cumplimiento de todas las prestaciones del contrato, lo que generaría su extinción. De ahí que la cancelación del préstamo por su completo pago no sea óbice para el pronunciamiento sobre la validez de la discutida cláusula.

En segundo lugar, con referencia a la posible caducidad de la acción, el demandado sostiene que está caducada la misma por haber transcurrido más de 4 años desde que ambos préstamos fueron cancelados (documental nº2 del escrito de contestación).

No obstante, hay que tener en cuenta que la acción que ejercitan los actores es la de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas de dos contratos celebrados entre una entidad bancaria y dos consumidores. A estos efectos, tanto el artículo 83 LGDCYU como el artículo 8.2 LCGC establecen categóricamente que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho (nulidad absoluta) descartando por ello la aplicación del plazo de prescripción o caducidad previsto en el artículo 1.301 CC, el cual se aplica únicamente a los supuestos de nulidad relativa o anulabilidad -tal y como ha establecido reiteradamente la Jurisprudencia, por ejemplo en SSTS de 18 de marzo de 2.008, 18 de octubre de 2.005 o 5 de junio de 2.000, entre otras-.

De este modo, siendo tales cláusulas nulas de pleno derecho, no habrán producido efecto alguno *-quod nullum est, nullum producit effectum-*, debiendo reponer al demandante en la situación de hecho y de Derecho en la que se encontrase de no haber existido nunca tal cláusula, siendo la acción ejercitada imprescriptible -tal y como establece el art. 19.4 de la LCGC-, por cuanto que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*.

Todo ello debe ponerse en relación con el artículo 122-5.1.del libro primero del Código Civil de Cataluña, el cual afirma que: *“El plazo de caducidad se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse”*.

En consecuencia, el plazo de caducidad respecto a la acción para reclamar los intereses abonados por la cláusula suelo comienza cuando los titulares de la acción de restitución pueden conocer las consecuencias derivadas de dicha declaración de nulidad, que es a través de la sentencia una vez gane firmeza.

Sentado lo anterior, en el presente caso procede desestimar tales excepciones planteadas por los motivos expuestos anteriormente.





TERCERO.- Acción de nulidad de la cláusula relativa a los límites de variabilidad del tipo de interés

TERCERO.1 Del marco legislativo aplicable

Como hemos visto, la parte actora ejercita una acción de impugnación de la cláusula suelo-techo de ambos contratos de autos por entender que son abusivos de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1998 de Condiciones Generales de Contratación.

Tanto a Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (reformada por la Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), desarrollan, por un lado, el art. 51 de la Constitución, que mandata a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad. Ambas leyes han sido reformadas por el Texto Refundido de la LGDCU operado por el RDL 1/2007.

El artículo 1º de la Ley 7/98 define las condiciones generales de la contratación como: *“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”*. Por tanto esta ley se aplica a los denominados contratos de adhesión y se identifica a las partes del contrato como: predisponente - es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas pre redactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos- y adherente - puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica-.

En materia de condiciones generales de la contratación que tengan el carácter de abusivas, la formulación más pragmática es la que aparece en la Directiva 93/13 CEE que en su art. 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva: *“las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el art. 3”*. El art. 3 indica que *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

La Ley de Condiciones Generales en la Exposición de Motivos reproduce la definición de cláusula abusiva de la Directiva: *“Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”* remitiendo en el art. 8 de la Ley a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los





Consumidores y Usuarios e indicando que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor remitiéndose, en estos casos, a la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Para que una cláusula sea nula por abusiva, que es lo que aquí se pretende, no es necesario que se trate de una condición general sino que basta, de conformidad con la LGDCU, que sea una condición no negociada individualmente.

En este contexto, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de los Civil, de 9 de mayo de 2013 que viene a resolver muchas de las cuestiones que han planteado las partes litigantes en cuanto a la cláusula suelo, así se pronuncia afirmando terminantemente su naturaleza de condición general de la contratación y expone en el f. 144 lo siguiente:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

En lo tocante al requisito de la imposición de una condición contractual, el Pleno concluye en el f.165 que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) 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.

c) 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.

d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Otra cuestión es si la mencionada condición general causa o no en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio de los demandantes un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones infringiendo el art. 82.1 RDL 1/2007. Vinculada a esta cuestión está la relativa a si la cláusula suelo al referirse a un elemento esencial del contrato (el precio) puede o no someterse a dicho control de equilibrio. Según el TS las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial al consistir en un “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio” (p. 188 a





190). Ahora bien, ello no impediría en hipótesis que dicha condición general pueda ser sometido a control de contenido, esto es, que se declare abusiva (TJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40). Sin embargo, con cita en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS concluye (p.196) que como regla en la cláusula suelo no cabe el control del equilibrio de las “contraprestaciones”, de tal forma que no cabe un control de precio.

Ahora bien, las circunstancias de que la parte actora son consumidores y que el contrato de préstamo es un contrato de adhesión en el que la entidad financiera fue predisponente obliga a realizar una fiscalización de las cláusulas abusivas.

En efecto, la Sentencia TJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 y doctrina que la precede proclama en estos casos la necesidad de una intervención positiva del Juzgado ajena a las partes del contrato (ap.21) para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (ap.22) tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (ap.23).

Por ello, debo analizar la denominada cláusula suelo de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y la STS de 9 de mayo de 2013 que informa de la técnica a aplicar para resolver si es o no aplicable. Esto es, según el f. 197: “*que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone*”.

TERCERO.2 Control de inclusión o incorporación

Al estar en presencia de una condición general, el primer control a realizar es el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 de la Ley 7/98. Así, en el análisis del control de incorporación se trata de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC: no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Salvado ese primer filtro, es necesario superar un segundo filtro, ahora positivo, que es el previsto en este caso en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Una forma de superar el primer control es según el f. 202 de la citada STS de 9 de mayo de 2013 el cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 en virtud de la cual se exigía la existencia de una oferta vinculante firmada tres días antes de la firma de la escritura en las hipotecas nuevas con límite de 150.253,03 euros. Indicar que a partir del 8 de diciembre de 2007, según la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, BOE del 8 de diciembre de 2007) se debe facilitar la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca a las hipotecas de cualquier importe, sin perjuicio que la obligación de los tres días sólo se mantiene para las hipotecas con límite de 150.253,03 euros. Recientemente se ha vuelto a modificar la normativa; el 28 de Octubre de 2011 se publicó la Orden EHA/2899/2011 que deroga la Orden Ministerial de Mayo de 1994 por lo que a partir del 29 de Julio de 2012 deja de ser obligatoria la oferta vinculante aunque el cliente sí puede pedirla.





En el caso que nos ocupa procede examinar si es de aplicación la OM de 5 de mayo de 1994, debido a que la escritura de préstamo hipotecario es de fecha 21 de febrero de 2002. En este sentido, cabe concluir que la misma sí resulta de aplicación, pues el préstamo se constituyó por un principal de 48.080,97 euros. Por tanto, existía la obligación de que la oferta vinculante se hubiera firmado al menos 3 días antes de la firma porque el artículo 1 de la mencionada Orden impone tal obligación para los préstamos de importe igual o inferior a 150.253,03 euros, siempre que sean préstamos con garantía hipotecaria y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, suscritos con prestatario persona física, como es el caso.

En la subsiguiente escritura, al ser de novación, no era exigible tal obligación.

El segundo de los filtros del control de incorporación y transparencia previsto en el art. 5 y 7 de la LCGC hace referencia a la transparencia gramatical de la cláusula, de modo que las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. En esta línea, considero que no se cumplen dichos requisitos por el propio redactado de la cláusula.

En primer lugar, en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 21/02/2002 se pactó en las cláusulas 3ª y 3ª bis las reglas a aplicar en materia de intereses. La vida del préstamo se dividía en dos períodos:

i) Primer período a un tipo de interés fijo: desde la fecha de formalización de la escritura hasta agosto de 2002 «Durante el “período de interés fijo” será el cuatro con veinticinco (4,25) por ciento nominal anual».

ii) Segundo período a un tipo de interés variable. «(...) y los sucesivos “periodos de interés variable”, cada uno de los cuales comprenderá seis meses del resto de dicha duración, (...)» El tipo de interés se determinará adicionando al tipo de referencia, el EURIBOR, un diferencial de 0,65 puntos porcentuales.

No obstante, al final de dicho párrafo, de forma enmascarada y oculta ante multitud de información se halla la cláusula limitadora de esta variabilidad, en el apartado 3bis. 3. Se fija que:

“El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al doce (12) por ciento ni inferior al tres con cincuenta (3,50) por ciento nominal anual”.

Entrando en el análisis del contrato de préstamo hipotecario, aparece la cláusula suelo pero de forma totalmente oculta entre una multitud de información; no está destacada en un apartado independiente, sino dentro de la explicación del interés variable y al final del mismo en un último apartado, lo que induce a error respecto de lo que se está pactando, si un interés variable o fijo. Finalmente, existe también en el caso que nos ocupa un *“tratamiento impropriamente secundario de la cláusula”*, colocándola al final de numerosas explicaciones sobre el modo de calcular el tipo de interés variable y dedicándole apenas dos líneas en una escritura de 45 páginas.

En segundo lugar, en la Escritura de ampliación de plazo y de capital de préstamo hipotecario y novación modificativa, de fecha 28 de junio de 2.007, es en el apartado 4 de la Estipulación Primera, la cual regula abundante información sobre las reglas a aplicar en materia de intereses, en la que se encuentra la cláusula suelo:





“En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,25%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinara el "tipo de interés vigente" en el "periodo de interés" Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00% nominal anual”.

Por tanto, tampoco se cumple en esta segunda escritura con el control de inclusión pues la cláusula suelo se halla de forma enmascarada y oculta ante multitud de información y también dentro de la explicación del interés variable, dedicándole apenas un párrafo en un apartado de una de las varias estipulaciones suscritas de una escritura de 51 páginas.

TERCERO.3 Control de la transparencia material

Tras superar el control de incorporación debe superarse el denominado control de transparencia material o segundo control de transparencia, para poder considerar que una cláusula es válida. No basta con que una cláusula sea clara y comprensible (primer control). Es necesario que el consumidor sea informado para la «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (f 215, STS 241/2013).

Es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Es muy importante destacar el apartado 211 de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: *"la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas"*. Es preciso que la información suministrada supere el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. La superación de este control implica:

- a. Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.
- b. Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.
- c. Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.
- d. Que ese tipo de cláusulas no pueden estar *"enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro"*.
- e. Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de





contratación del producto.

El Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: *“las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo”*.

En el caso que autos el banco demandado no ha acreditado con la prueba practicada que los consumidores comprendieran que contrataban un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiarán en un futuro de las bajadas del tipo de referencia, es decir, no se acredita la licitud de la cláusula suelo en atención a la concurrencia de las circunstancias expuestas en la STS de 9 de mayo de 2013:

a) No se acredita cumplidamente que se facilitase una información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) La cláusula carece de precisión y concreción dentro de multitud de datos en la escritura pública.

Por ello, de la prueba practicada, que únicamente es la documental, no resulta acreditada la información dada a la actora sobre la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo.

No hay constancia de que la entidad demandada hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, pues es necesario que en la comercialización se haya dado especial explicación sobre el funcionamiento de la cláusula, la misma importancia que de hecho se le da a otras condiciones como el capital prestado, el periodo de amortización o las bonificaciones que les resultaran de aplicación.

Tampoco hay prueba alguna de que hubiera simulaciones para que el consumidor entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato o, insisto, que comprendiera que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia.

La parte demandada no ha probado en modo alguno ni el cumplimiento del deber de información detallada sobre la cláusula y su alcance, tampoco que se hubiera producido un verdadero proceso de negociación que hubiera permitido a los prestatarios conocer el alcance y significado de la concreta cláusula de referencia y haber negociado de modo individualizado la misma.

En definitiva, la cláusula de referencia debe reputarse abusiva por poco transparente, estimando con ello las pretensiones de la actora en ese punto.





TERCERO.4 Consecuencias económicas

En cuanto a las consecuencias de esta nulidad la actora solicita la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la suscripción del contrato. En el caso que nos ocupa debemos tener en cuenta la STJUE de 21/12/2016 en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada al TJUE C-154/15 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. En la citada resolución el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”*.

Debemos tener presente que, como indica el TJUE que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (párrafo 62) por lo que la devolución de los importes indebidamente abonados debe realizarse desde la fecha de suscripción del contrato más el interés legal del dinero desde cada cobro indebido y hasta la fecha de la presente sentencia, art. 1.303 del CC, y desde ésta y hasta el completo pago en el establecido en el artículo 576 de la LEC.

CUARTO.- Intereses

Las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC).

Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

QUINTO.- Costas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos, la estimación de la demanda determinará la condena de la demandada al pago de las costas, salvo que el tribunal aprecie y razone que el caso planteaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el presente caso, procede la expresa imposición de costas a la misma, debido a que tras la multitud de resoluciones sobre la materia tanto del Alto





Tribunal como del TJUE, no ha sido capaz de percibir en el caso que nos ocupa que la cláusula no se había incorporado correctamente al contrato, máximo cuando no ha probado que entregara toda la documentación requerida por la normativa aplicable en el plazo legalmente previsto, habiendo además obligado al consumidor a llegar hasta el acto de juicio. En virtud de lo expuesto, en el caso nos ocupa resulta de justicia proceder a la imposición de costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fraile Mena, en nombre y representación de D^a [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad BBVA, S.A., y DECLARO NULA LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable prevista en el apartado 3 bis 3 de la Cláusula Financiera 3^o BIS («*Límites a la variación del tipo de interés*») de la escritura de Préstamo Hipotecario, otorgada en fecha 21 de febrero de 2.002 ante el Notario Don Víctor Mateu Porcar, como sustituto del Notario José Ignacio Usón Duch (Protocolo núm. 74), así como la prevista en el apartado 4 de la Estipulación Primera («*Límites a la variación del tipo de interés*») de la escritura de Ampliación de plazo y de capital de préstamo hipotecario y novación modificativa, otorgada en fecha 28 de junio de dos mil siete ante el Notario del Ilustre Colegio de Cataluña Don José Poyatos Díaz.

Condeno a la entidad financiera demandada a la eliminación de la precitada condición general de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable de la referida escritura de Préstamo Hipotecario y de Ampliación de plazo y de capital de préstamo hipotecario y novación modificativa.

Condeno a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la referida cláusula «suelo», resultando su cuantía del sumatorio de la diferencia existente entre los intereses abonados en aplicación de dicha cláusula suelo y los que resulten de suprimir la mencionada cláusula, aplicando el tipo de referencia más el diferencial previstos en la escritura de fecha 21 de febrero de 2.002 así como en la escritura de fecha 28 junio de 2.007, determinándose todo ello en fase de ejecución.

Condeno a la demandada a abonar el interés legal de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de cada cobro y hasta su completa satisfacción.

Se imponen las costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: cabe recurso de apelación (455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que será interpuesto ante este Juzgado en el plazo de





veinte días, que será sustanciado y resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación exponiendo el apelante las alegaciones en las que base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo en nombre de Su Majestad el Rey de España Felipe VI.

