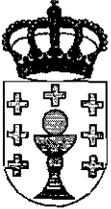




ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

ARMANDO DURAN S/N
Teléfono: 982-294701/02, Fax: 982-294699
Equipo/usuario: AC
Modelo: S40000

N.I.G.: 27028 42 1 2018 0002053

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000644 /2018

Procedimiento origen: /
Sobre CONO.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS
DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. MIGUEL PARDO DE VERA MORENO, MIGUEL PARDO DE VERA MORENO
DEMANDADO D/ña. BANCO PASTOR ESPAÑOL SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000644 /2018.

JUEZ QUE LA DICTA: AURELIA BELLO FERNANDEZ

Lugar: LUGO.

Fecha: veintinueve de enero de dos mil diecinueve.

Demandante:

. Abogado: MIGUEL PARDO DE VERA MORENO. Procurador:

Demandado: BANCO PASTOR ESPAÑOL SA. Procurador:

Vistos por, doña Aurelia Bello Fernández, Magistrada-Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n° 2 y Mercantil de Lugo, los presentes autos de Juicio Ordinario n° 644/2018 sobre nulidad de cláusula contractual, condiciones generales de la contratación, seguidos ante este Juzgado a instancia de don

representados por el Procurador Sr.
y asistidos por el Letrado Sr. Pardo de Vera Moreno, contra la entidad Banco Pastor S.A, representada por la Procuradora y asistida por la Letrada

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se presentó la demanda que da inicio a este procedimiento en la que interesa la nulidad por abusiva de la cláusula suelo, 3.3, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 3 de noviembre de 2009, que establece que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable será del 3 %, y la condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades abonadas en exceso por la aplicación de la citada cláusula más los intereses legales desde la aplicación de la cláusula y a recalcular el cuadro de amortización del préstamo excluyendo la cláusula nula. Con condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar y dar traslado de la misma a la parte demandada. Contestando ésta dentro de plazo, se convocó a las partes a la audiencia previa para el día 18 de enero de 2019.

TERCERO.- Celebrada ésta con la asistencia de todos los convocados e interesándose únicamente como prueba la documental aportada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento solicita la parte actora la nulidad de la cláusula financiera Primera, apartado 3.3, inserta en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 3 de noviembre de 2009, en la que se establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual mínimo aplicable del 3 %, y la restitución de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la citada cláusula más los intereses legales desde la fecha de cada cobro, así como el recálculo del cuadro de amortización excluyendo la cláusula nula.

Por su parte la demandada, la entidad Banco Pastor S.A, se opone a las pretensiones de la actora alegando, en síntesis, la actora recibió información y explicaciones sobre la existencia de límites a la variación del tipo de interés, que la cláusula de limitación de tipo de interés está recogida en la escritura de forma clara y comprensible; fue negociada, con la intervención del notario, supera los controles de incorporación y transparencia siendo perfectamente válida.

SEGUNDO.- Al respecto de la cláusula cuya nulidad se interesa, como se recoge en la SAP de Toledo de 9 de febrero de 2016, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

determina que esta cláusula suelo es condición general de contratación, y en cuanto a su carácter conformador del precio señala que "las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control del abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados". También señala que no cabe identificar el "objeto principal" con "elemento esencial" y añade que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa e indica "Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución . Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre , 375/2010, de 17 de junio , 401/2010, de 1 de julio , y 842/2011, de 25 de noviembre , y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio , 827/2012, de 15 de enero de 2013 , 820/2012, de 17 de enero de 2013 , 822/2012, de 18 de enero de 2013 , 221/2013, de 11 de abril , 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio . Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre." Y continua "el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio , consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a

la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, 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.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como 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». Por ello, seguía diciendo la sentencia, «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 permita al consumidor 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 real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación) -en adelante, LCGC. Supone, además, que no



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

TERCERO.- Pues bien, en el presente caso, se alega por la demandada que se cumplen con las exigencias para determinar no abusiva la cláusula es que es clara y comprensible en su redacción, lo cual ya se ha dicho que no es el único factor de control de transparencia, y además que fue negociada individualmente, pero una cláusula suelo, por lo expuesto, no se declara nula por la consideración de los tipos concretos pactados, sino por la transparencia en su pacto y el cumplimiento con la debida información de sus consecuencias, sea cual sea el concreto tipo de suelo pactado más o menos perjudicial o equilibrado económicamente. Lo que debe probar la demandada es la negociación individualizada en la concertación del contrato y así el artículo 82.2 TRLCU dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE señala que "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Así pues, la cláusula ahora analizada, no es transparente ya que falta prueba de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible

del tipo de interés en el momento de contratar. No se acredita tampoco que se hubiesen facilitado explicaciones por los empleados de la entidad sobre los efectos económicos que la incorporación de la cláusula al contrato podrían suponer. Es necesario informar, de modo específico, que el tipo mínimo no es una cláusula accesoria sino que frustra la expectativa de reducción de las cuotas en escenarios de tipos de interés por debajo del mínimo fijado.

Por ello, la cláusula conforme a la Jurisprudencia expuesta es abusiva porque no supera el otro filtro de transparencia impuesto como garante del conocimiento de las consecuencias que sobre el patrimonio del prestatario iba a tener la misma y su pacto.

Respecto a la intervención del notario, en la STS 464/2013, de 8 de septiembre, se declara que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por si solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la STS 171/2017, de 9 de marzo, se indica que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Ahora bien, como se refiere en la STS 367/2017, de 8 de junio, "Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir".

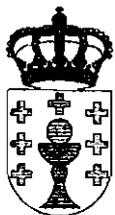
Información precontractual que, como se dijo, no se acredita por la demandada.

Por todo ello, procede declarar la nulidad de la cláusula suelo objeto de esta Litis.

CUARTO.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre en los asuntos acumulados C-154/15 , cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada y, C-307/15 y C-308/15 , cuestiones prejudiciales elevadas por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, declara no conforme con el Derecho de la Unión Europea la limitación temporal de los efectos restitutorios de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la declaración de nulidad de una cláusula suelo abusiva conforme había establecido la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala Primera) de 9 de mayo de 2013.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

El Tribunal de Justicia contestó a la cuestión prejudicial en los siguientes términos: "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".

La doctrina del TJUE resulta vinculante para los Tribunales Españoles por lo que procede considerar que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, 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. Resulta entonces 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 y su consecuencia que implica el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

Así pues, la cláusula discutida debe eliminarse, sin aplicación del límite suelo, debiendo la entidad demandada restituir a la actora las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la cláusula cuya nulidad se declara desde el 3 de noviembre de 2009, más los intereses legales desde la fecha de cada pago, cuya determinación se hará en ejecución de sentencia.

En relación a la petición formulada por la actora del recálculo del cuadro de amortización, sobre esta cuestión dice la SAP de Toledo de 1 de febrero de 2018, la declaración de nulidad de la cláusula suelo produce el efecto de devolver al prestatario consumidor absolutamente todo lo que le hubiera correspondido si la misma nunca hubiera existido, y eso y no otra cosa es lo que quiere el Tribunal Supremo en su sentencia: dejar al consumidor absolutamente resarcido de la aplicación de la cláusula indebida. Pero ello entendemos, no puede significar que una misma cantidad abonada indebidamente como intereses en demasía por aplicación de la abusiva cláusula suelo produzca el doble efecto al que parece referirse aparentemente la STS de 29 de abril de 2015: por un lado la restitución de los intereses indebidamente cobrados

incrementados con el interés legal del dinero y por otro además, considerar que durante todo el tiempo en que el banco los ha tenido en su poder, tales intereses deberían haber estado imputados al capital y por tanto al ser este menor reduciendo a su vez los intereses derivados del capital pendiente, de modo que no bastaría con devolverlos, sino que sería preciso recalcular las cuotas pagadas que deberían haber obedecido a un capital menor con el resultado de reducir a su vez los propios intereses. Como decimos ese doble efecto no puede producirse porque si los intereses indebidamente cobrados se devuelven con el interés legal del dinero por todo el tiempo transcurrido desde su cobro indebido, desaparece todo el efecto de ese cobro indebido, es decir, actúa la devolución como si nunca hubieran existido y por tanto lo que no existe no produce efecto alguno.

Entendemos que cuando la STS de 29 de abril de 2015, condena a la entidad financiera a devolver los intereses cobrados en exceso con sus intereses legales y además a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable, se está refiriendo y así lo dice expresamente, a las cuotas que regirán en lo sucesivo, que evidentemente al no haber sido todavía satisfechas necesitan del oportuno recálculo. Y es en este sentido en el que se considera la obligación de recalcular y rehacer el cuadro de amortización.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 LEC, estimada la demanda, las costas deben imponerse a la demandada.

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

FALLO

Que, estimando la demanda formulada por _____ representados por el Procurador _____, contra la entidad Banco Pastor S.A, representada por la Procuradora _____ debo declarar y declaro:

La nulidad por abusiva de la cláusula financiera Primera, apartado 3.3, cláusula suelo, inserta en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 3 de noviembre de 2009, en la que se establece un límite a la variación del tipo de interés nominal anual mínimo aplicable del 3 % , y condenando a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades percibidas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula a partir del 3 de noviembre de 2009, más los intereses legales desde la fecha de cada pago, lo que se determinará en fase de ejecución de sentencia, así como a recalcular y rehacer el cuadro de amortización del



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

préstamo en el sentido expresado en los fundamentos de derecho de la presente resolución.
Más los intereses procesales y con imposición de costas a la demandada.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

MAGISTRADO-JUEZ