

Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid

C/ Gran Vía, 52 , Planta 1 - 28013

Tfno: 914930547

Fax: 914930538

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0110316

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 427/2015

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

6

Demandante:: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PATRICIA MARTIN LOPEZ

Demandado:: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA Nº 189/2016**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. ANDRÉS SÁNCHEZ MAGRO**Lugar:** Madrid**Fecha:** veinte de junio de dos mil dieciséis

Vistos por Don Andrés Sánchez Magro, Magistrado titular del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, los presentes autos de Procedimiento ordinario nº 427/2015 seguidos ante este Juzgado a instancia de , representado por la Procuradora Sra. Martin López y defendido por el Abogado Sr. Bartolomé Hernández frente a la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Bueno Ramirez y defendida por el Abogado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado y tuvo entrada en el mismo en fecha 1 de junio de 2015.

SEGUNDO.- Tras examinarse de oficio la jurisdicción y competencia objetiva así como la territorial, se admitió a trámite, emplazándose a la parte demandada que contestó oponiéndose con fecha 20 de octubre de 2015.

TERCERO.- Señalada la audiencia previa para el día 3 de febrero de 2016 sea admitieron las pruebas propuestas tal como consta en la grabación audiovisual y se señaló la vista para el día 30 de marzo de 2016, practicándose la prueba admitida quedando visto para sentencia, como consta en la grabación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de juicio ordinario se ejercita en nombre de D.

, al efecto de obtener la declaración de nulidad de la condición general de la contratación, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, incluida en la cláusula financiera tercera bis, punto 4, que tiene el siguiente tenor literal:

“Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual ni superior al 11,75% nominal anual”.

Señala el demandante que disconforme con la aplicación del tipo de interés que se estaba efectuando por la demandada, siendo inútiles las conversaciones mantenidas en la sucursal con las personas a cargo de la misma, el demandante acudió al Servicio de Atención al cliente de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. denegándose la eliminación de la cláusula en cuestión.

Expone que la cláusula en cuestión no ha sido negociada de forma individual, sino predispuesta e impuesta. Que la demandada redactó unilateralmente el contrato, sin alternativa alguna para el demandante, incluyendo las cláusulas que consideró conveniente, negociando únicamente la cantidad prestada, las cuotas y los plazos de devolución. En concreto, la cláusula suelo se impuso al actor, sin negociarse, desconociendo incluso su existencia. Que en el presente caso concurre el elemento de generalidad, al haberse determinado este tipo de cláusulas por la entidad, con independencia del actor, e incorporada a una pluralidad de contratos.

Las consecuencias de la cláusula es que la entidad impone un interés fijo, en un préstamo suscrito a interés variable. Ello supone la existencia de un desequilibrio evidente entre las partes, existiendo una verdadera falta de reciprocidad entre las partes.

Por todo ello, solicita la nulidad de la cláusula y la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad bancaria.

SEGUNDO.- La representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contesta a la demanda para oponerse a lo solicitado en la misma.

La demandada señala que de la simple lectura de la cláusula limitativa se aprecia que la misma cumple con lo establecido en la norma, por lo que no puede hacerse ningún reproche a la inclusión de la misma en el contrato. Que la parte actora tuvo conocimiento de la existencia de la cláusula con anterioridad a la firma de la escritura, y en todo caso antes al examinar el proyecto de escritura.

Que la demandada entregó a la parte actora la correspondiente oferta vinculante en la que se hacía referencia expresa a la cláusula suelo, entre otras. Que además no era de aplicación lo previsto en la OM de 5 de mayo de 1994, cumpliéndose la obligación de información precontractual, al entregar toda la información del contrato, a lo que se une que el Sr. Notario autorizante informó de los términos del contrato.

Por todo ello solicita la desestimación de la demanda.

TERCERO.- El Pleno del Tribunal Supremo dictó sentencia de 8 de septiembre de 2014 (La Ley 143790/2014), en la que reitera lo ya señalado en la anterior

sentencia de 9 de mayo de 2013. La citada sentencia casa y anula la dictada por la Audiencia Provincial que consideraba que la cláusula del tipo de la que nos ocupa, no era abusiva. En su fundamento jurídico segundo se reiteran los argumentos jurídicos dados en la sentencia anterior (fundamento jurídico segundo).

No obstante, se sigue haciendo una lectura limitada del alcance de tal nulidad de la cláusula suelo. Se sigue considerando que ha de analizarse cada caso concreto para valorar el carácter negociado o no de la cláusula suelo, y realizar un control de transparencia, para valorar si el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta.

De este modo nos encontramos ante las consecuencias de una interpretación limitada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que establece un principio genérico que luego los tribunales deben determinar caso por caso, lo que está llevando a sobrecargar innecesariamente los tribunales, con multitud de procedimientos destinados a declarar que la cláusula suelo es nula, cosa que ya podría haber declarado el pleno del Tribunal Supremo sin ambages.

En cualquier caso, habiéndose solicitado por la parte actora un pronunciamiento expreso sobre el caso concreto que nos ocupa, habrá de darse respuesta a lo petitionado. En dicha tarea nos auxiliaremos de lo ya establecido también por nuestra Sección especializada en materia mercantil de la Audiencia Provincial, en concreto en su Sentencia de 23 Julio de 2013, rec. 316/2012 (LA LEY 143194/2013). La misma, comentando la referida sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, establece una serie de presupuestos:

1º.- La existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario. Es decir, la existencia de una normativa específica sobre transparencia en el ámbito financiero no excluye en modo alguno la aplicación de la citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

2º.- Una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal. Por tanto, aunque la cláusula limitativa o cláusula suelo se considerase como contenido principal del contrato, ella podría ser considerada como condición general, a la hora de verificar el control judicial de la misma.

3º.- En los servicios bancarios y financieros, en determinados productos, tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por los prestatarios están absolutamente predeterminados.

Pues bien, a la vista de estas consideraciones, debe declararse plenamente aplicable a la presente cuestión lo establecido por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que establece, en su artículo 7, que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya conocido de manera clara y completa al ser firmadas, o aquellas otras que sean oscuras. La consecuencia para tales cláusulas la establece el artículo 8, determinando la nulidad de las mismas.

En las referidas sentencias, tanto del Tribunal Supremo, como de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial, se extraen una serie de conclusiones totalmente asimilables al caso que aquí se examina, que permiten afirmar sin ningún género de dudas que no las cláusulas que ahora se analizan no cumplen con el requisito de transparencia. Las cláusulas suelo no es transparente ya que:

- a) Falta 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 consta en el procedimiento la existencia de una información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

En este sentido, es especialmente relevante el análisis de la parte del documento nº 1 de los aportados con la demanda, que se corresponde con la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre los actores y el banco demandado. En el mismo, analizando la cláusula en cuestión, que se recoge en el punto 4 que se encuentra dentro de la cláusula Tercera bis, que se denomina Límite de variabilidad del tipo de Interés Variable, podemos observar que la misma no se encuentra enunciado con un título claro, como “Tipo mínimo aplicable” o “Cláusula suelo”, sino que la cláusula limitativa se encuentra en medio de toda la cláusula, pudiendo pasar inadvertida, y sin

entenderse, lo que pudiera inducir error al prestatario. El hecho de la existencia del documento 11 de la contestación de la demanda, una simple solicitud de operación de préstamo, no invalida la anterior consideración.

En cualquier caso, es evidente que se trata de una cláusula que no proporciona ningún beneficio a la parte actora, que no se ve beneficiada de las bajadas de los tipos de interés, y no encuentra protección similar equivalente, en caso de subida de los mismos. Además, no puede obviarse el hecho de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ha declarado nulas por abusivas este tipo de cláusulas en los contratos suscritos por el Banco Popular.

Todo ello determina que falta la transparencia y el equilibrio entre las prestaciones y falta la información suficiente al cliente para que supiera lo que contrataba exactamente, siendo la consecuencia de todo ello que tal cláusula no deben ser incluida en el contrato, determinándose la nulidad de la misma.

CUARTO.- La interpretación de las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo en el contrato vigente está llevando a la obtención de resoluciones judiciales diversas, entre las que se viene abriendo camino una corriente con cada vez más fuerza, que debemos entender como corriente normativa, en el sentido de que defiende la aplicación de la norma, por encima de consideraciones extramuros del proceso, la cual termina por concluir en la necesidad de la devolución de las cantidades percibidas indebidamente por la entidad bancaria.

Así, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, en su Sentencia de 21 de Octubre de 2013, rec. 459/2013, (LA LEY 157680/2013), establece claramente diversos motivos por los que ésta es la solución más correcta. La misma señala con extraordinaria precisión cómo la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no es impedimento alguno para ello. Como sostiene la misma, aunque una sentencia la haya dictado el Pleno del Tribunal Supremo y pueda crear Jurisprudencia, igualmente el Tribunal Constitucional ha consagrado el derecho de los Tribunales inferiores en grado discrepar, con base en el derecho a la independencia judicial consagrado constitucionalmente. Pues bien, consideramos, con la sentencia referida, que es pieza fundamental en nuestro sistema jurídico, el principio de que la ineficacia de los contratos determina la eliminación de sus consecuencias. Desde siempre, nos enseñaron la regla clásica “*quod nullum est nullum effectum producit*” (lo que es nulo no produce ningún efecto), que es precisamente la que se incluye en la previsión contenida en el vigente Código Civil en su art. 1303.

Coincidimos igualmente con lo señalado con el Magistrado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, en cuanto a que lo que parece desprenderse de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, es que se está atendiendo a criterios socioeconómicos, por cuanto que fundamenta la interpretación sostenida en unos supuestos trastornos graves con transcendencia al orden público económico, concepto jurídico este que consideramos indeterminado, y que debe ser

valorado en cada caso concreto. En este sentido, nos permitimos transcribir el razonamiento contenido en la citada sentencia, por su claridad:

No se ha realizado prueba pericial al efecto ni la mera alegación del riesgo a la imposibilidad de devolución de los depósitos se admite por la sencilla razón de que nos hallamos ante un único préstamo hipotecario cuyo precio marginal parece cuando menos difícil que se halle por encima del precio al que se retribuyen los depósitos (baste comparar el diferencial al que las entidades ofrecen los préstamos y el tipo al que retribuyen los depósitos, de acceso público y notorio para cualquier ciudadano medianamente informado). Pudiera pensarse, por el contrario, que la comercialización de cláusulas suelo de forma subrepticia adolecería de la buena fe que se predica por cuanto si existiera aquel riesgo más bien parecería, en este juego de hipótesis, como si de una captación masiva de fondos de ciudadanos se tratara antes bien que de la aplicación de un tipo marginal (y nos hallamos ante un préstamo con intereses) puesto que no podemos perder de vista que la cláusula suelo se destina a garantizar una rentabilidad, la cual será mayor a medida que el diferencial se distancie del tope contenido en la cláusula, como es el caso, en la medida que cuanto más bajos se hallen los tipos más barato resultará a la entidad endeudarse y, en consecuencia, más beneficio obtendrá por la aplicación de la cláusula "suelo", luego ningún perjuicio económico material se le puede causar por el juego de la cláusula (pérdida de un beneficio superior no significa ingresos inferiores a los gastos), más allá de equilibrar el beneficio obtenido por el devenir de los tipos, en lugar de revertir ese perjuicio directamente en el consumidor, que se ve incapaz de disfrutar de las ventajas de un préstamo a interés variable y, en consecuencia, disfrutar de una renta disponible inferior.

Pues bien, no se entiende muy bien qué norma obliga a los órganos judiciales a proteger, con el pretexto de la defensa del orden público, a entidades bancarias, que ya hemos visto por experiencia que en caso de crisis sistémica, son socorridas por los estamentos públicos a base de rescates millonarios. En cualquier caso, como bien señala la resolución parcialmente transcrita, no se ha practicado prueba alguna en los presentes autos que determine que la devolución al demandante de lo cobrado indebidamente, pueda tornarse en convulsión alguna en el orden público. Y es a estos autos a lo único que debe ceñirse el Juzgador en el presente caso.

Es sin duda forzado el argumento de algunas resoluciones judiciales, incluidas las del TJCE, que acuden al principio de seguridad jurídica para justificar que la "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, y más forzado aún acudir a "la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves". Como hay muchos contratos suscritos, las normas deben decaer, en virtud del interés general. Una especie de expropiación general de derechos. Sin diferenciar entre entidades bancarias, si una suscribió muchas hipotecas frente a otra que suscribió pocas. Sin diferenciar entre las entidades que no aplicaban la cláusula suelo de las que sí, porque había algunas entidades que no aplicaban la cláusula suelo (¿es justo proteger a las que sí la aplicaban?) De hecho, son numerosas las entidades que han dejado de aplicar cláusulas del tipo de la suelo, e incluso también las que llegan a acuerdos particulares con los demandantes, para dejar de aplicar la misma. Además, basar la limitación del derecho a la devolución en la existencia de relaciones establecidas de buena fe, está muy lejos de la realidad, ya que parece más bien que la entidad bancaria lo que pretendía con la introducción de la cláusula suelo era garantizarse un beneficio seguro, con independencia de la fluctuación de los tipos de interés. Si hubieran existido relaciones establecidas de buena fe, se hubiera advertido claramente al prestatario que su préstamo variable en realidad era un préstamo sui generis mixto.

La resolución dictada por el Juzgado de lo Mercantil N° 5 de Barcelona, Sentencia de 17 de Junio de 2013, rec. 106/2012, (LA LEY 89243/2013), apunta a la misma idea, que no es otra que la de que una vez que ha sido declarada la nulidad de la cláusula suelo, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha nulidad, tal y como recoge el artículo 1303 del Código Civil. Y para llegar a esa conclusión no es impedimento alguno lo señalado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, por los acertados argumentos que nos permitimos transcribir a continuación:

18.- Considero que dicha irretroactividad no es aplicable al caso de autos. No concibo la STS de 9 de mayo de 2013 como un único cuerpo dogmático que deba

aplicarse en todos sus extremos. Si bien los criterios del Alto Tribunal los he aplicado en su integridad para declarar la abusividad de la cláusula, ello no me obliga a aplicar el criterio relativo a los efectos consecuentes de la nulidad por las siguientes razones:

-Porque la propia sentencia en sus f. 298 a 300 niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad.

-Porque en el caso resuelto por el TS no se ejercitó una acción de condena a las partes demandadas, como en el caso de autos. Se ejercitaba un acción colectiva de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro diferente a la que se dilucida en autos.

- Porque en el caso de autos, por la dimensión de la reclamación, no se quiebra ni se pone en riesgo la seguridad jurídica en el entendido de conservar los efectos ya consumados y que no se produzcan trastornos graves con trascendencia para el orden público económico. No concurren los motivos ni las causas para aplicar la doctrina excepcional de irretroactividad de los efectos de una cláusula nula.

-Porque el art. 1303 CC (LA LEY 1/1889) resulta de aplicación al caso en que se declara la nulidad sin que una sentencia judicial pueda abrogar o derogar la Ley. No hay tampoco laguna legal que integrar e, insisto, en el presente caso por definición no concurre la excepcionalidad manifestada por el TS al conocer de una acción colectiva. En suma, en el caso concreto, la devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de una cláusula nula es efecto legal imperativo e insoslayable.

En conclusión a todo lo expuesto, hay que determinar que la única consecuencia posible a la declaración de nulidad de una cláusula, sea la que fuere, es la de la eliminación de los efectos a ella aneja, y en consecuencia procede declarar la devolución de las cantidades que nunca debió haber percibido la entidad bancaria, por haber aplicado indebidamente una cláusula que sólo a la entidad bancaria beneficiaba.

QUINTO.- La íntegra estimación de la demanda conlleva la imperativa condena en

costas de la parte demandada, de conformidad con el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

Que se estima íntegramente la demanda formulada por frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., y en su consecuencia:

DECLARO la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato de préstamo hipotecario, suscrito el 31 de enero de 2006, el límite a las revisiones del tipo de interés, incluida en la cláusula financiera tercera bis, punto 4, que tiene el siguiente tenor literal:

“Las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea éste el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual ni superior al 11,75% nominal anual”.

CONDENO a la entidad demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a eliminar la condición general de la contratación de la mencionada escritura de préstamo hipotecario.

CONDENO a la entidad demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido.

Y ello con condena en costas a la mercantil demandada.

Líbrese testimonio de la presente resolución, la cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2257-0000-04-0427-15 de este Órgano. Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de lo Mercantil nº 02 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos

2257-0000-04-0427-15 Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: En la fecha 20 de junio 2016 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.