



**ESTHER ARAUJO HERRANZ**  
**PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES**  
C/ Emilia Pardo Bazán nº.- 23-25  
05004 Ávila  
Tfns: 920 21 60 90 - 619 64 40 66  
Fax: 920 21 60 90  
Email: esther.araujo.herranz@gmail.com

**NOTIFICADO**

**LUNES 28 SEPTIEMBRE 2.015-**

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1**  
**AVILA**

SENTENCIA: 00176/2015

N.I.G.: 05019 41 1 2014 0023971

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 495 /2014**

Sobre OTRAS MATERIAS

**DEMANDANTE D/ña. ,**

Procurador/a Sr/a. ESTHER ARAUJO HERRANZ,  
Abogado/a Sr/a. ,

**DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A**

Procurador/a Sr/a. MARIA INMACULADA PORRAS POMBO

**S E N T E N C I A 176/2015**

En Ávila, a 24 de septiembre de 2015.

María del Carmen del Peso Crespos, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ávila, en funciones de derecho mercantil, ha visto los autos seguidos bajo el número 495/14 sobre Juicio Ordinario en ejercicio de acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad, promovidos por D. [REDACTED],

[REDACTED], que actuaron representados por el Procurador Sra. Araujo Herranz y asistidos de letrado Sr. Butler Coca y Sr. Bartolomé Hernandez frente a la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, que actuo representa de Procurador Sra. Porras Pombo y asistida de Letrado Sra. Puras Martínez sobre los que ha recaído la siguiente resolución con base en los siguientes,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador Sra. Araujo Herranz, en nombre y representación acreditada en autos se formulo demanda de juicio ordinario frente a la entidad financiera BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, en ejercicio de acción declarativa de nulidad y reclamación de cantidad con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimo de pertinente aplicación suplicando se acojan las pretensiones interesadas.

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada a fin de que contestaran en el improrrogable plazo de 20 días, y dentro del plazo por el

Procurador Sra. Porras Pombo en nombre y representación de la citada entidad financiera se presentó escrito de contestación, oponiéndose en suma a la demanda formulada.

**TERCERO.-** Señalada la audiencia previa se celebró con asistencia de la representación procesal y asistencia Letrada respectiva, una vez resueltas las excepciones procesales planteadas por la parte demandada. Tras pronunciarse sobre los documentos y dictámenes presentados de contrario, fijaron los hechos controvertidos, ratificando sus respectivas pretensiones. A continuación propusieron los medios de prueba que estimaron oportunos.

Se celebró el juicio el día 23 de septiembre de los presentes, en el que comparecieron la parte actora y la parte demandada, asistidas de Abogado y Procurador respectivamente, procediéndose a la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, con el resultado que obra en autos, recogido en soporte audiovisual. A continuación emitieron los Letrados los correspondientes informes, quedando seguidamente los autos conclusos para dictar la resolución oportuna.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Ejercita la parte actora acción acumulada de declaración de nulidad y reclamación de cantidad. La base factica de su pretensión se sustenta en la estipulación de la denominada cláusula suelo en el préstamo hipotecario suscrito con la entidad financiera hoy demandada, al entender en suma que no fue objeto de negociación. Pretensión a la que se opone la parte demandada al entender en síntesis que los actores tenían pleno conocimiento de las cláusulas que firmaban en los préstamos suscritos, se la facilitó toda la información, cumpliendo el banco con la normativa correspondiente sobre el particular.

Constituyen hechos no controvertidos ni discutidos que lo demandantes suscribieron el 25 de febrero de 2009 un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda por importe de 103.000,00 euros con un tipo de interés inicial fijo y a partir de ésta una variación del tipo de interés, pactándose la denominada cláusula suelo con un límite al tipo de interés. "límites de variabilidad del tipo de interés. 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 4,20% nominal anual". (Cláusula 3.4).

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad absoluta de dicha cláusula suelo por ser contraria al ordenamiento jurídico y abusiva conforme a los artículos 8 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y el artículo 83 de la Ley de Consumidores y Usuarios (RDL 1/07, de 16 de noviembre) señalándose que la mencionada cláusula suelo constituye una condición general de contratación que se

introdujo en el contrato de forma unilateral por la demandada, enmascarándola entre otras cláusulas, sin negociación y sin información previa, añadiendo que la cláusula cuya nulidad se insta supone una evidente desproporción entre las partes en perjuicio del consumidor demandante, por todo lo cual se solicita que se declare la nulidad de la misma y, con carácter principal, la condena al banco demandado a restituir las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación.

Por su parte la entidad financiera se opuso a la demanda alegando que el préstamo hipotecario se tramitó a petición del actor y se negoció con el las condiciones financieras del mismo y que concurren las condiciones de información, negociación y transparencia.

Sobre la llamada "cláusula suelo".

En la demanda presentada se parte de la consideración de las cláusulas cuya nulidad se insta como condición general de contratación, lo que realmente no ha sido negado en la contestación a la demanda, afirmándose por contra en la contestación que la cláusula controvertida fue negociada individualmente con la parte demandante. En este punto resulta de aplicación lo establecido en el art. 10 bis de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios establece que "El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba", correspondiendo en definitiva a la parte demandada la prueba de la alegada negociación individual. 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, sobre el particular y no obstante las alegaciones vertidas por la parte demandada sobre el conocimiento de dicha cláusula por el actor y que por tanto era concedor de la misma, no es suficiente para llegar a la citada conclusión, lo que en modo alguno presupone que se haya negociado el contenido de todo el clausulado financiero. Por otro lado, en prueba de interrogatorio de parte, [REDACTED] declaró que no negoció las condiciones financieras, le otorgaron la hipoteca en atención al importe que necesitaba. Declaración que se valora conforme al artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, debe partirse de que nos hallamos ante una cláusula prerredactada por el banco y no negociada, conclusión a la que nada obsta la intervención de notario, como exponen las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril y de diez de julio de de 2012 la prueba de la

negociación individual "no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas 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 autorizarte, 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, aunque fueran resaltadas en "negrita".

La sentencia citada por las partes del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 señala que la consideración de la cláusula suelo como una cláusula predispuesta no determina su ilicitud, y que al definir el objeto principal del contrato están exentas de control sobre su posible carácter abusivo, pero sí puede estar sometida a un doble control de transparencia: el primero, denominado control de inclusión, que solo podrán superar aquellas cláusulas que permiten la posibilidad de su conocimiento por el adherente, de forma que no pueden ser ambiguas, ilegibles, oscuras o incomprensibles; el segundo, referido al control de transparencia cuando las cláusulas están incorporadas a contratos con consumidores, que como ya señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, que supone que el adherente ha de tener la posibilidad de conocer la carga económica y jurídica que realmente supone para él el contrato. Ello implica que la información suministrada al consumidor le permita percibir que se trata de una cláusula que delimita el objeto principal del contrato, que puede incidir en su obligación de pago y que pueda tener conocimiento de cómo va a influir la cláusula en el contenido económico del contrato. En segundo lugar, nos hallamos ante condiciones generales de contratación, y control legal de las cláusulas predispuestas (sean o no condiciones generales) está formado por un doble control: el de inclusión o control formal, que debe garantizar que éstas lleguen a conocimiento del consumidor (control de incorporación y de transparencia); y el de contenido o control material, que debe garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas para el adherente.

Por lo tanto, en primer lugar, debe entrarse en el control de inclusión, debiendo valorarse el cumplimiento por el banco de las obligaciones de información que impone la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Vigente hasta el 29 de Abril de 2012). La sentencia del Tribunal Supremo de nueve de mayo de 2013 señala en su apartado 198 que "la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso,

tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja", añadiendo en su apartado 202 que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

En el caso que nos ocupa, y respecto de dicho extremo, en prueba de interrogatorio de parte, se puso de manifiesto que no obstante firmar la oferta vinculante, éste desconocía lo que era una cláusula suelo en el momento de firmar el préstamo hipotecario, del que no le dieron copia, que tan solo le indicaron que se beneficiaría del tipo de interés. (Declaración que se valora conforme al precepto citado). Por lo que cabe concluir de la prueba practicada que las citadas cláusulas no superan el control de transparencia al que se refiere la sentencia de 9 de mayo de 2013, que dice en su apartado 211 que es necesario constatar a través del mismo 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" En el caso que nos ocupa, si bien podría considerarse que las cláusulas suelo están redactadas de una forma clara, y no obstante tal redacción no compleja constituye un indicio que permite apreciar que el consumidor puede tener una comprensión de lo que está contratando, pero insuficiente en sí mismo si no va acompañado de otros datos o indicios como los señalados por el Tribunal Supremo o cualesquiera otros que aporte la parte. Lo importante es determinar, en definitiva, si la parte demandante pudo tener conocimiento de la trascendencia de la cláusula suelo y su incidencia en la ejecución del contrato, para lo cual el banco hubo de aportar una información complementaria adecuada, lo que no hizo. Pues no obstante la prueba documental aportada junto con el escrito de contestación, la solicitud de operación de activo y la oferta vinculante, no determinan por sí solo que fuera conocido por el demandante el funcionamiento de la cláusula suelo. En el caso se da la circunstancia a la que alude la propia sentencia del Tribunal Supremo cuando afirma (apartado 224) que "Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza". Y es que la cláusula tiene una importancia decisiva en la vida del

préstamo, atendiendo en concreto al tipo mínimo incluido lo que permite afirmar que en la práctica nos hallamos ante préstamos de interés fijo, pese a lo cual se le da en la redacción del contrato un tratamiento secundario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

Por todo lo expuesto debe considerarse que el préstamo hipotecario controvertido no supera, en cuanto a la inclusión de las cláusulas suelo, el filtro de transparencia al que se aludía, lo cual determina la abusividad de la cláusula suelo y la consecuente nulidad, de conformidad con lo establecido en el art. 8.2 de la LCGC, en cuya virtud "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". En el caso no consta que la operatividad de la cláusula fuera realmente comprendida por la parte demandante, lo que le ocasiona un evidente perjuicio derivado de la mayor carga económica que para él supone el contrato, siendo además evidente la falta de proporción de las cláusulas suelo en perjuicio del consumidor.

Sobre los efectos de la declaración de nulidad

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 fija como doctrina "Cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

**SEGUNDO.-** Se imponen las costas a la parte demandada, conforme al art. 394.1 de la Ley de enjuiciamiento Civil, y a la jurisprudencia en torno al mismo, pues no obstante no ser íntegra o total la estimación de la demanda, ya que se condena al pago de las cantidades derivadas de la nulidad no como se solicita, sino desde un momento posterior, ello se trata de un aspecto secundario o no esencial del debate litigioso, con lo que el Juzgador sigue en este aspecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que incide en la equiparación entre la estimación sustancial y la total a estos efectos, señalando la S.T.S de 21 de octubre de 2003 que "Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios deberían de excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ver realizado su derecho ",

cuyo criterio es reiterado en las Sentencias de dicho tribunal de 24 de enero de 2005, 26 de abril de 2005, 6 de junio de 2006, que concitadas en la reciente de 21 de enero de 2008.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación,

### FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Araujo Herranz, en nombre y representación de Don [REDACTED] frente a la entidad Banco Popular Español SA que actúo representado por el Procurador Sra. Porrás Pombo, debo declarar y declaro la nulidad de la siguiente cláusula incluida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 25 de febrero de 2009, cuyo tenor literal es el siguientes: "límites de variabilidad del tipo de interés. 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 4,20% nominal anual". (Cláusula 3.4).

Debo condenar y condeno a la demandada a la devolución al prestatario de las cantidades que hubieses cobrado indebidamente en virtud de la condición declarada nula conforme a lo establecido en el fundamento jurídico primero de la presente resolución.

Con imposición de las costas procesales a la parte demandada.

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación en la forma prevista en el artículo 458 Ley de Enjuiciamiento Civil para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Ávila.

Insértese la presente en el libro de Sentencias de este juzgado llevando a las actuaciones el oportuno testimonio.

Así lo acuerdo, mando y firmo.