



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 SIERO

SENTENCIA: 00147/2015

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 DE SIERO

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000333 /2015

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. ANA ROSA ALVAREZ DIAZ, ANA ROSA ALVAREZ DIAZ, ANA ROSA ALVAREZ DIAZ, ANA ROSA ALVAREZ DIAZ
Abogado/a Sr/a. DAVID GONZALEZ LABRADOR, DAVID GONZALEZ LABRADOR, DAVID GONZALEZ LABRADOR, DAVID GONZALEZ LABRADOR
DEMANDADO D/ña. CAJA [REDACTED] DE ASTURIAS [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA NÚM. 147/15

En Siero, a nueve de noviembre de dos mil quince.

D. [REDACTED], Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Siero, ha visto los presentes autos de **juicio ordinario**, repartidos por la oficina del Decanato y tramitados en este Juzgado con el n.º **333/2.015**, sobre nulidad de cláusula suelo y reclamación de cantidad, instados por [REDACTED] a la entidad "CAJA DE ASTURIAS SOCIEDAD [REDACTED]" teniendo en consideración los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2015 fue turnada a este juzgado demanda de juicio ordinario que fue admitida a trámite por decreto de fecha 14 de julio de 2015.

SEGUNDO.- Una vez dado traslado a la demandada, ésta presentó contestación oponiéndose a la misma y por diligencia se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 4 de noviembre del presente año, solicitándose el recibimiento del pleito a prueba, acordándose éste y proponiéndose sólo la documental quedaron los autos en





poder del juzgador para dictar sentencia dentro del plazo legal.

TERCERO.- Se ha respetado y concluido la tramitación ordinaria prevista en la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por los demandantes acción para la declaración de nulidad de la cláusula suelo/techo del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado con la demandada el día 30 de septiembre de 1999, posteriormente ampliado el 28 de diciembre de 2005, el 14 de mayo de 2007 y el 19 de octubre de 2010 cuya literalidad se da aquí por reproducida (documento n.º 1, 2, 3 y 4 de la demanda). En lo que nos interesa se fija un interés de tipo variable a calcular con la referencia del índice euribor con un límite, señalado por la cláusula impugnada, de 3 % nominal como tipo mínimo y 15 % nominal de máximo. E igualmente ejercitan acción de reclamación de cantidad en importe de 1.702,17 euros, correspondientes al indevido redondeo no pactado aplicado por la demandada, cuya consecuencia se traduce en el importe antedicho en concepto de exceso de pago de intereses, de acuerdo al informe pericial que acompaña también a la demanda.

Así, con base a las previsiones de los 3 y siguientes y 82 del Texto Refundido de la Ley para la Protección de los Consumidores y Usuarios, y 1 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se invoca la falta de transparencia, información y reciprocidad de una estipulación impuesta a la parte e incorporada, sin negociación, a una pluralidad de contratos; cláusula en virtud de la cual los actores habrían abonado una cantidad superior a la debida, al no poder beneficiarse de la sucesiva bajada de tipos; siendo esa cantidad, a determinar en ejecución de sentencia, la que se interesa como condena para la restitución, previa declaración de nulidad de pleno derecho de la estipulación conforme a lo prevenido en el artículo 1.303 del CC, si bien limitan los efectos de la retroactividad y, por ende, la devolución a fecha de 9 de mayo de 2013. La representación procesal de la entidad bancaria demandada muestra una oposición, en primer lugar de carácter formal al argüir la falta de legitimación activa de los demandantes que sostiene no fueron parte del contrato, en segundo lugar niega que tengan la condición de consumidores y, por último, se amparan en el cumplimiento por la entidad de los requisitos de transparencia de la cláusula, conforme fueron configurados por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013; exigiendo de un primer control denominado de incorporación de las condiciones generales, y un posterior control de transparencia propiamente dicho para las





estipulaciones de contratos celebrados con consumidores. Así, se cumplieron los deberes de información por parte de la entidad, permitiendo que el consumidor conociera, desde el punto de vista económico y jurídico, y de manera real y razonable, el funcionamiento de la cláusula según los parámetros indicados por la antedicha resolución, con un largo proceso de negociación con el demandante hasta ajustar el diferencial del interés a convenir, con posterior lectura por el Notario de las condiciones del contrato, redactadas éstas de manera sencilla, con una ubicación de la cláusula que permite su perfecta comprensibilidad. Subsidiariamente, aun en el caso de apreciar la invocada falta de transparencia, se entiende por la representación procesal de Caja Rural de Asturias que ésta no sería determinante de la nulidad radical de la cláusula, al no concurrir los requisitos exigidos a tal efecto por la doctrina del TS (imposición, contrariando, en perjuicio del consumidor, los requisitos de la buena fe con desequilibrio de las prestaciones); no procediendo, por ello, la condena a la devolución de las cantidades cobradas, devolución que, en todo caso y conforme al criterio adoptado por la ya mentada sentencia de 9 de mayo de 2013, carecería de efectos retroactivos. Por el contrario, nada alega en torno al denunciado indebido redondeo, respecto al que la contestación de la demanda guarda silencio.

En suma, la principal cuestión controvertida gira en torno al recurrente tema de la nulidad de las cláusulas suelo y, en su caso, del efecto de la misma.

SEGUNDO.- Comenzando por la excepción de falta de legitimación activa, la misma debe rechazarse, toda vez que los demandantes fueron partes como tales personas físicas en el contrato que contiene las cláusulas (por más que también alguno de ellos actúe en representación de una mercantil), siendo deudores hipotecarios, tal y como es de ver en la documental (documentos n.º 1 a 4) adjuntada al escrito de demanda.

En lo que sí asiste razón a la demandada es que no gozan los actores de la cualidad de consumidores, sin que de ello deba desprenderse sin más la desestimación de la demanda.

Los demandantes no son consumidores, puesto que el nominal del préstamo venía destinado al desarrollo de la actividad profesional de ferretería a la que se dedicaban, y así y en este sentido, respecto de un caso similar, declara la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 22-9-2015, que se hace eco de la de 6-7-2.015, : "*Como es que el recurso (como de igual modo la demanda) se aprecia abirragado y en exceso profuso, como también una continua referencia a materias generales como son las relativas al concepto de consumidor, y el control de transparencia e incorporación de las condiciones generales según corresponda a la parte la condición o no de consumidor, bueno será, antes de pasar al análisis concreto de cada motivo del recurso, hacer unas consideraciones generales y éstas son: primero,*





como declaró la sentencia del T.J.U.E. 3-7-97 (asunto Benicasa) "para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor .. hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado en relación con la naturaleza y finalidad de éste y no a la situación subjetiva de dicha persona ... pues una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras", o dicho de otro modo, que la condición de consumidor no es un estado o cualidad de la persona física, sino que viene determinado por su relación con el producto o servicio contratado, y así la doctrina jurisprudencial ha declarado que pertenece al ámbito propio de la actividad empresarial, excluyendo, por tanto, al sujeto contratante de la condición de consumidor la contratación de servicios o productos para mejorar la actividad empresarial (STS 26-11-96 y 6-2- 2.003), los bienes o servicios incorporados al proceso productivo o de comercialización (STS 12-12-91 , 13-3-1.999 , 16-10-2.000 o 15-12-2.005) o para prestar servicios a terceros (STS 29-12-2.003 o 3-10-2.005).

En el mismo sentido, respecto de la contratación para desarrollar una actividad empresarial futura la precitada S.T.J.U.E de 3- 07-1.997 ha declarado que quien "ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual sino futura no puede considerarse consumidor ", pues el carácter futuro de la actividad no la descalifica como de naturaleza profesional o empresarial y, para acabar, respecto del sujeto físico que interviene en un contrato en que el garantizado no puede ni debe de ser considerado como consumidor , el TJUE también ha declarado (S. 17-3-98, asunto Dietzinger) que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúa en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de la aplicación de la Directiva (85/577) cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional, y en esta misma dirección se manifiesta el Tribunal en su sentencia de 14-3-2.013 y la de 23-3-2.000 al declarar fuera del ámbito de protección de la Directiva 87/02 los contratos de garantía y es también el criterio mayoritariamente imperante entre nuestros tribunales en razón del carácter accesorio e instrumental del contrato de fianza (Auto de esta Sala de 2-2-2.015 y los que en él se citan).



TERCERO.- Sentado que no son consumidores, ello no aboca sin más al rechazo de la demanda, como se pretende.

La famosa sentencia del T.S. de 9-5-2.013, refrendada por la posterior de 8-9-2.014, viene a distinguir un control de distinto grado en la incorporación de la cláusula suelo en el contrato según sea el cliente bancario consumidor o no, pues si no bastará con que se den los requisitos de incorporación documental dispuestos por los artículos 5 y 7 de la LCG, mientras que si se trata de contratante consumidor la



exigencia sube de grado instaurándose el requisito de la comprensibilidad real del clausulado por el consumidor , cuya consecución exige del prestamista una conducta activa, tanto en la fase contractual como en la precontractual, a ese fin, que no se alcanza con la sola plasmación formal de la cláusula .

Partiendo de ello, el análisis debe de constreñirse en este supuesto al control de incorporación según la LCG y, después y en su caso, vendría el análisis del posible vicio en el consentimiento.

Desde el indubitado carácter de condición general de la cláusula (no se acreditó que fuese negociada y es hecho notorio la generalidad de sus cláusulas), ésta no soporta el control de incorporación conforme a los requisitos y exigencias de los artículos 5 y 7 de la LCG, porque a pesar de que la escritura del contrato de préstamo afirma que se concede con sometimiento a las previsiones de la orden de 5-5-1.994, éstas no se cumplieron.

El artículo 5.1 de la LCG dispone que la condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación, precisando en su párrafo 2º que para que eso sea así el predisponente debe haber informado expresamente acerca de su existencia y facilitado un ejemplar, mientras que por su parte el artículo 7.A condiciona su incorporación al contrato a que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer su existencia al tiempo de su celebración, de suerte y manera que en los contratos escritos (que es a los que se refieren dichas previsiones) para que se produzca válidamente la incorporación de la condición al contrato debe mediar el aviso de la existencia y su entrega, suscitándose la duda sobre si tales actos deben de practicarse antes de la perfección del contrato, según así parece lo más razonable, o basta que se haga al "momento de la celebración", lo que en casos como el de autos en que la contratación es escrita y las condiciones forman parte del contenido del documento del contrato es relevante por cuanto que el artículo 5.1, para la contratación por escrito, exige la firma del adherente que se daría en unidad de acto, al momento de la perfección del contrato, con el conocimiento por el adherente del condicionado general.

En este contexto normativo el cumplimiento de las exigencias de la OM de 5-5-1.994 (información previa mediante entrega de folleto, oferta vinculante, derecho del adherente a examinar el proyecto de documento contractual y deber del Notario en el acto del otorgamiento) asegura un conocimiento previo a la perfección del contrato por el adherente de las condiciones y de ahí que se declare por la STS de 9-5-2.013 que el cumplimiento de dicha normativa sectorial conlleva el cumplimiento de las exigencias establecidas en la LCG para la incorporación de las condiciones generales.

Pero en el caso ocurre que no se ha acreditado que por la demandada se hubiese cumplido ni siquiera con la exigencia de





la entrega de la oferta vinculante ni de ningún otro documento o escrito.

En la demanda no se admite llanamente su existencia y la demandada no lo ha acreditado, antes al contrario, pese a negarse su existencia la demandada no sólo no la ha aportado, pese a afirmar que se realizó y entregó, sino que no se practica prueba alguna.

Por tanto, si es que la prestamista se comprometió a seguir las exigencias de la Orden Ministerial (aún cuando no viniese obligada) y esto no fue así es obvio que la condición litigiosa no cumplió con las exigencias de incorporación de la LCG, sin que la intervención del Notario mediante la lectura del contrato y su suscripción por los adherentes pueda entenderse que suple aquella falta de aviso e información previas, no sólo porque las manifestaciones del documento notarial no se ajustarían a la realidad, en cuanto no puede tenerse por acreditado que medió oferta vinculante, sino, sobre todo, por lo sorpresivo que para el adherente supondría venir al conocimiento de una limitación a la variación del interés pactado en el momento de la suscripción de la escritura de préstamo.

Y si no y se entendiese, de acuerdo con una interpretación literalista del tenor de los artículos 5 y 7 LCG, que la suscripción de la escritura de préstamo en cuanto incorpora la condición litigiosa satisface las exigencias de incorporación de la norma, debería apreciarse la alegada concurrencia del vicio en el consentimiento por resultar plenamente excusable en el adherente que, habiéndose pactado un interés variable con referencia al euribor, se introdujese sorpresivamente, en medio de un cúmulo de referencias a la regulación del interés remuneratorio, una limitación a su aplicación en caso de variación a la baja. Cláusula que no se destaca, ni con negrita ni con subrayado y que se ubica entre otros muchos datos al final de la cláusula que se titula TIPO DE INTERÉS VARIABLE

Por tanto, se estima la abusividad de la cláusula que no supera el control de incorporación y que debe ser anulada. En apoyo de esta postura podemos citar, además de la SAP Asturias Sección 5.ª de 22 de septiembre de 2015, la de la Sección 5.º de 2 de octubre de 2015 o la de la Sección 4.ª también de 2 de octubre de 2015.

CUARTO.- En cuanto a los efectos de la declaración de no incorporación, la consecuencia obvio es que, al no formar parte del contrato, no pudo en ningún momento de su desarrollo desplegar efectos y, por tanto, la demandada devendría deudor frente al actor por todas las cantidades recibidas en razón de su aplicación.

Sin embargo, como es que la sentencia del TS de 9-5-2.013 impone una retroactividad limitada y la de 25-3-2.015 eleva el criterio de aquélla a la categoría de doctrina jurisprudencial, habremos de interrogarnos sobre su aplicación





al caso, y la respuesta ha de ser negativa, porque el criterio que la sentencia de 25-3-2.015 eleva a la categoría de doctrina es para el supuesto de declaración de nulidad de la cláusula litigiosa cuando el adherente sea consumidor y no supere el control de transparencia, pero si el de incorporación de la LCG; y así y en este sentido la primera de las citadas sentencias del alto Tribunal, al razonar sobre la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, valora como factor determinante, entre otros, el de que las condiciones allí examinadas observaron las exigencias reglamentarias de la OM de 5-5-1.994. No obstante lo cual, en el presente supuesto, el principio dispositivo exige limitar la retroactividad a fecha de 9 de mayo de 2013, ya que así se solicita en la demanda.

QUINTO.- Finalmente, por lo que se refiere a la petición acumulada de reclamación de cantidad en importe de 1.702,17 euros derivada de indebida aplicación de un redondeo no pactado, la misma debe estimarse al venir advenida por el informe pericial aportado con la demanda y no ser discutido por la demandada que guarda silencio respecto de este extremo.

Todo lo anterior se traduce pues en la íntegra estimación de la demanda interpuesta.

SEXTO.- Por último en cuanto a las costas, ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos imponerlas a la demandada al ser rechazadas todas sus pretensiones.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por D. Manuel Javier Pintado Díaz, D. ^a [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representados por la procuradora D. ^a Ana Álvarez Díaz, frente a "CAJA [REDACTED] DE ASTURIAS [REDACTED]", representada por la procuradora [REDACTED], y en su virtud declaro la nulidad de la cláusula "suelo" inserta en el contrato que une a las partes, debiendo rehacer y recalcular el cuadro de amortización con exclusión de esta cláusula, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a la restitución, en su caso, a los prestatarios de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula suelo a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, así como a abonar a los actores la cantidad de MIL SETECIENTOS DOS EUROS CON DECISIETE CÉNTIMOS (1.702,17 euros).





Procede la condena en costas a la demandada.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución definitiva, que será notificada a las partes, llévase testimonio a las actuaciones e incorpórese ésta al Libro que al efecto se custodia en este Juzgado.

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de apelación** ante este Juzgado en el **plazo de 20 días** a contar desde el siguiente al de la notificación de la presente y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado que la ha dictado, estando celebrando Audiencia pública el mismo día de su fecha.

