



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

SENTENCIA: 00051/2016

C/ JARDINES DEL AYUNTAMIENTO S/N

FECHA DE NOTIFICACIÓN: 6 DE MAYO

Teléfono: 985.46.49.77

Fax: 985.45.31.37

N04390

N.I.G.: 33037 41 1 2015 0002479

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000272 /2015

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña.

Procurador/a Sr/a. MANUEL GARROTE BARBON

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAJA RURAL DE ASTURIAS S.C.C.

Procurador/a Sr/a. MARIA PAZ LOPEZ ALVAREZ

Abogado/a Sr/a.

Magistrada-Juez: Doña M^a del Carmen Blanco Alonso.

SENTENCIA

En Mieres, a 28 de abril de 2016.

Demandante:

Abogado: Don Rubén Cueto Vallverdú
Procurador: Don Manuel Garrote Barbón

Demandado: Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito

Abogado: Don Iñigo Martínez González
Procurador: Doña Paz López Álvarez

Objeto del juicio: Nulidad de cláusula contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El procurador de la parte actora presentó **DEMANDA de juicio ordinario** frente a la entidad Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito solicitando se declare la nulidad de la Cláusula Financiera Tercera- Bis 1^a del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29/12/2.009, suscrito entre las partes (ampliado el 4/02/11), y por la cual se establecía una limitación de la variación del Interés Variable, impidiendo así que se beneficiara de la posible bajada del Euribor, convirtiéndolo en realidad en un contrato con tipo de interés fijo. Estipulación que fue introducida por la demandada de forma unilateral, a modo de condición general, y sin posibilidad alguna de negociación, y sobre ello, por ser abusiva, interesa la nulidad parcial del contrato en ella inserta, al amparo de las causas de nulidad de los contratos de los art.1.261 y siguientes, así como art.1.300 y concordantes del C.C, en relación a los artículos 3 y siguientes y 82 del Texto Refundido de la Ley para la Protección de los Consumidores y Usuarios, y artículo 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 la actora habría abonado de más, hasta la fecha de la demanda, la cantidad de euros, al no poder beneficiarse de la sucesiva bajada de tipos; siendo esa cantidad, y las sucesivamente pagadas en las mensualidades siguientes, la que se interesa como condena para la restitución.

La demanda fue **CONTESTADA** por la demandada **oponiéndose** a la misma alegando, en esencia, 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 tan solo el primer control denominado de incorporación de las condiciones generales, y no el posterior control de transparencia propiamente dicho para las estipulaciones de contratos celebrados con consumidores, al tener la condición de profesionales a los actores por la finalidad del préstamo (para adquisición de farmacia). Así, se cumplieron los deberes de información por parte de la entidad, permitiendo que los actores conocieran, 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, seguida de un largo proceso de negociación con la parte 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 y resaltada en negrita, reseñando asimismo sus actos propios, al producirse con posterioridad en el año 2.011, una novación del préstamo por ampliación de capital. Subsidiariamente, aun en el caso de apreciar la invocada falta de transparencia, se entiende 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.

SEGUNDO: En la AUDIENCIA PREVIA las partes se ratifican en sus posiciones y proponen prueba, admitiéndose la considerada pertinente. En el ACTO DEL JUICIO, celebrado en la fecha señalada, se practica la prueba propuesta y admitida, quedando los autos pendientes de diligencia final y una vez practicada, vistos para sentencia.

TERCERO: En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades exigidas por la Ley, a excepción de la de dictar sentencia en plazo debido al cúmulo de asuntos de todo orden que pesa sobre el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita por la parte actora **acción de nulidad de la Cláusula Financiera Tercera- Bis 1^a** del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29/12/2.009, suscrito entre las partes (ampliado el 4/02/11), y por la cual se establecía una limitación de la variación del Interés Variable, impidiendo así que se beneficiara de la posible bajada del Euribor, convirtiéndolo en realidad en un contrato con tipo de interés fijo. Estipulación que fue introducida por la demandada de forma unilateral, a modo de condición general, y sin posibilidad alguna de negociación, y sobre ello, por ser abusiva, interesa la nulidad parcial del contrato en ella inserta, al amparo de las causas de nulidad de los contratos de los art.1.261 y siguientes, así como art.1.300 y concordantes del C.C, en relación a los artículos 3 y siguientes y 82 del Texto Refundido de la Ley para la Protección de los Consumidores y Usuarios, y artículo 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 la actora habría abonado de más, hasta la

fecha de la demanda, la cantidad de euros, al no poder beneficiarse de la sucesiva bajada de tipos; siendo esa cantidad, y las sucesivamente pagadas en las mensualidades siguientes, la que se interesa como condena para la restitución.

La parte demandada se opone a la demanda alegando, en esencia, 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 tan solo el primer control denominado de incorporación de las condiciones generales, y no el posterior control de transparencia propiamente dicho para las estipulaciones de contratos celebrados con consumidores, al tener la condición de profesionales a los actores por la finalidad del préstamo (para adquisición de farmacia). Así, se cumplieron los deberes de información por parte de la entidad, permitiendo que los actores conocieran, 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, seguida de un largo proceso de negociación con la parte 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 y resaltada en negrita, reseñando asimismo sus actos propios, al producirse con posterioridad en el año 2.011, una novación del préstamo por ampliación de capital. Subsidiariamente, aun en el caso de apreciar la invocada falta de transparencia, se entiende 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.

En suma, queda delimitado el objeto del presente en torno al recurrente tema de la **nulidad de las cláusulas suelo** y, en su caso, del efecto de la misma.

SEGUNDO: Entrando en el fondo del asunto, procede fijar el carácter con el que actúan los actores. Así, y como sostiene la demandada, 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 a la adquisición de traspaso de farmacia, que gira bajo la denominación de Comunidad de Bienes, actividad profesional a la que se dedica, y así y en este sentido, respecto de un caso similar, declara la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 22/09/2015, que se hace eco de la de 06/07/2.015: *"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: Sentada esta premisa, no cabe resolver sin más la desestimación de la demanda. La tantas veces invocada **Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 09/05/2.013**, refrendada por la posterior de 08/09/2.014, 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 en este último caso 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, 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.

En el presente, alega la entidad bancaria haber cumplido la normativa bancaria de transparencia de aplicación, que dice sería la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1.989, y no la citada Orden Ministerial de 5/05/1.994, reconociendo indirectamente el incumplimiento de esta última, que si bien ahora dice que no es de aplicación, lo cierto es que la escritura de préstamo hipotecario en su Exponendo II y III recoge como a la que se somete y cuyos requisitos cumple, cláusula contractual que le vincula y no puede ahora intentar su no aplicación. Así, partiendo de la OM recogida en el contrato (OM 05/05/1.994), 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, 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 no siendo cierto, 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. No obsta a esta decisión el contrato de novación posterior (del año 2011) en donde todas las partes (interrogatorio y testifical del director de la sucursal) reconocen que en dicho contrato tan solo se negoció el plazo, el diferencial y el importe.

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 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^a 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 obvia 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 sí el de incorporación de la LCG; 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, lo que en el presente ya se ha razonado que no se cumplen, por lo que no se acoge el criterio de dicha sentencia limitativo de retroacción de efectos, teniendo la cláusula por no puesta y condenando a la entidad bancaria a reintegrar a los actores la suma de 26.724,64 euros, así como las que paguen durante la tramitación del presente y hasta resolución firme por aplicación de la cláusula declarada nula.

QUINTO: De conformidad con el artículo 394 de la LEC, **LAS COSTAS** se imponen a la parte que haya visto desestimadas todas sus pretensiones, en este caso, la parte demandada.

FALLO

1º) **QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador Don Manuel Garrote Barbón en nombre y representación de frente a Caja Rural de Asturias, Sociedad Cooperativa de Crédito **DECLARO LA NULIDAD** de la Cláusula Financiera Tercera Bis-1ª (cláusula suelo/techo) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 29/12/2.006, suscrito entre las partes, **CONDENANDO** a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a **la restitución** a la prestataria de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula desde la celebración del contrato, que ascenderían hasta la presentación de la demanda a **la suma de euros**, así como a las cantidades que sigan los actores abonando por dicha cláusula durante la sustanciación del procedimiento y hasta su resolución definitiva, con los intereses legales correspondientes.

2º) **Las costas** se imponen a la parte demandada.

3º) Contra esta resolución cabe **recurso de apelación** ante la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, que deberá presentarse ante este Juzgado en el plazo de 20 días desde su notificación, previa consignación de depósito en los términos establecidos en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ y acreditación del abono de la tasa correspondiente, en su caso.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada-Juez que la suscribe, hallándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.