

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 DE SEGOVIA

C/ SAN AGUSTIN Nº 28 SEGOVIA

Teléfono: 921 46 32 49 - 50

Fax: 921 46 32 39

N18740

N.I.G.: 40194 41 1 2014 0002547

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000365 /2014

Procedimiento origen: /

Sobre **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**

DEMANDANTE D/ña. *****

Procurador/a Sr/a. MARTA BEATRIZ PEREZ GARCIA

Abogado/a Sr/a. MARIA ELENA GONZALEZ FERNANDEZ

DEMANDADO D/ña. BANKIA S.A. BANKIA S.A.

Procurador/a Sr/a. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

Abogado/a Sr/a.

MARTA B. PEREZ GARCIA

Procurador

C/ José Zorrilla nº 47 – 2º B

40002 **SEGOVIA.-**

Telf./Fax: 921 44 28 72

MOVIL: 629 35 56 78

NOTIFICADO 20-05-2015

T E S T I M O N I O

MONTSERRAT ISABEL CABRERA, Secretario/a judicial, del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SEGOVIA, doy fe y testimonio que en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000365 /2014 consta SENTENCIA, que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

S E N T E N C I A N° 62/15

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000365 /2014.

JUEZ QUE LA DICTA: FERNANDO PEREZ GIL DE LA SERNA

Lugar: SEGOVIA.

Fecha: quince de Mayo de dos mil quince.

Demandante: *****. Abogado: MARIA ELENA GONZALEZ FERNANDEZ. Procurador: MARTA BEATRIZ PEREZ GARCIA.

Demandado: BANKIA S.A. BANKIA S.A. Abogado: Procurador: RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ.

SENTENCIA N°

En Segovia, a doce de mayo de dos mil quince.

Vistos por D. **Fernando Pérez Gil de la Serna**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de los de Segovia y su Partido, en los presentes Autos de JUICIO ORDINARIO 354/2014 instados por ***** , representado por la Procuradora D^a Marta Pérez García y asistido de la Letrada D^a María Elena González Fernández, contra BANKIA, S.A.

representada por el Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez y asistido de la Letrada D^a María José Cosmea Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora D^a Marta Pérez García presentó demanda con base en los hechos que en ella constan, adujeron los fundamentos de derecho que estimaban de aplicación y terminaron solicitando, con carácter principal, que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula número tercera. Tres. Límite del tipo de interés variable apartado 4 del contrato objeto de estos autos y se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo desde su constitución, restituyendo al actor, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante el periodo en que la cláusula haya estado en vigor y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,5 %, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,90 % a lo que tendrá que sumarse a estas cantidades, el interés legal del dinero y se condene a la parte demandada al pago de las costas.

SEGUNDO.- Tras examinarse de oficio la jurisdicción y competencia objetiva así como la territorial, se admitió a trámite la demanda, dando a los autos el cauce del juicio ordinario, dando traslado de la misma a la parte demandada.

TERCERO.- El Procurador Sr. Ricardo de la Santa Márquez en representación indicada presentó escrito de contestación a la demanda donde solicita se dicte sentencia que desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

CUARTO.- Celebrada la Audiencia Previa el día 27 de octubre de 2014, las partes propusieron prueba documental por lo que se

acordó que quedaran los autos pendientes de dictar sentencia pasado sin necesidad de celebración de juicio.

QUINTO.- En la tramitación de estas actuaciones se han observado todas las prescripciones legales en vigor, excepto por lo que se refiere a los plazos establecidos para los señalamientos de vistas en Sala, de imposible cumplimiento con la carga de trabajo que pesa sobre el tribunal, en concreto por ser juzgado especializado en violencia contra la mujer, y el necesario orden que ha de seguirse en el despacho de los asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Acción ejercitada.

Por ***** se formula demanda de juicio ordinario contra Bankia S.A. ejercitando acción de nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato objeto de estos autos con condena a la restitución de cantidades desde la fecha su constitución con imposición de las costas a la demandada.

La parte demandada opone, en primer término, la validez jurisprudencialmente declarada de la mencionada cláusula, con sustento en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013,

Segundo.- Con carácter general se debe recordar aquí el artículo 1091 del Código Civil que dice que las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos, precepto que recoge el tradicional principio "pacta sunt servanda", y que está en relación con los artículos 1254 y 1258 del mismo Código (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1995, 5 de abril de 1991 y 12 de junio de 1990), y así

debe recordarse que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio y que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En relación con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria la primera aproximación necesaria para afrontar la cuestión que cabe hacer es si es o no aplicable la legislación de consumidores y usuarios que incorpora en esta materia las directivas comunitarias que tienden a crear un ámbito especial de protección en estos supuestos en los que las partes de los contratos presentan un considerable desequilibrio en los momentos de formación de la voluntad.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, se aplicará la normativa tuitiva en aquellos contratos en los que las partes tengan consideración de empresario y consumidor. Aclara el artículo 3 del mismo texto que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, por lo que, es claro que el demandado estarían comprendidos en este concepto de consumidor o usuario. La consideración de empresario de la actora resulta evidente a la luz del artículo 4 del mismo texto.

Queda resuelto pues que se trata de un contrato de consumo y, por tanto, sujeto a la normativa de consumidores y usuarios mencionada.

Tercero - Cláusula suelo.

La cuestión más relevante a dilucidar, según resulta de la jurisprudencia alegada por ambas partes, es la concurrencia o no de transparencia no de equilibrio. La referencia jurisprudencial más útil para resolver sobre todas estas cuestiones se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y en la más reciente de 25 de marzo de 2015.

En la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo en síntesis se mantiene que:

- no se precisa el equilibrio o equidistancia entre la cláusula suelo y techo,
- la comprensión por el consumidor de la relevancia de la cláusula es necesaria a fin de garantizar la transparencia material ya que según la STS mencionada "la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato", para lo cuál servirían de criterios:
 - o la realización de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual
 - o la existencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad,
 - o si se da la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero,

- o si hay información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato,
- o la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo, y
- o su ubicación entre una información abrumadoramente exhaustivas entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor entre clausulado secundario pese a comprender el objeto del contrato.

Es cierto que una parte de los criterios referidos más arriba son susceptibles de comprobación por la mera documental, única prueba propuesta por las partes, pero no lo es menos que en supuestos como el presente sería muy conveniente acudir a la práctica de prueba de interrogatorio de parte y de testigos como los empleados de la entidad sobre la operativa en relación con el concreto préstamo que se está examinando. Descartada tal posibilidad, pues no fue instada por las partes, no es posible concretar si hubo o no suficiente transparencia en relación con la cláusula habida cuenta que la documental obrante en autos es insuficiente. De la documental aportada no resulta la concurrencia de los presupuestos de transparencia mencionados. Por un lado, no consta la simulación de distintos escenarios ni la documentación que pudo ser entregada, en su caso, para comparar con otros productos de la misma entidad. La cláusula tercera bis de la escritura en su apartado 4 contiene esta cláusula. En primer lugar se fija en un importe del 3.5 por ciento que viene a convertirlo, en las circunstancias actuales y durante un largo periodo de tiempo en fijo. Luego se redacta en unión de otros 5 apartados dentro de la misma cláusula por lo que podría incluirse en el concepto de información abrumadora mencionado. No consta que se informe en la misma escritura (ni en ningún otro documento) que se trata de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato y se induce a error en el consumidor cuando se intitula la cláusula

tercera bis como "tipo interés variable". Por ello, pese a que la redacción es clara y fácilmente comprensible no se puede entender que supere los estándares de transparencia y se ha de considerar abusiva.

Es indiferente a tales fines que se tratara de una subrogación hipotecaria por dos motivos. En primer término, porque también en este caso serían aplicable los mismos criterios extraídos de la documental aportada e intrínsecos a la propia forma de documentación de esta clase de cláusulas a que se refiere le párrafo anterior. En segundo lugar porque la propia entidad demandada no ha aportado elementos de valoración probatoria referidos al momento de la perfección del contrato inicial que es objeto de subrogación posterior.

No consta documental acreditativa de la información facilitada al deudor inicial ni al subrogado por lo que teniendo en cuenta que la carga probatoria acerca de la información facilitada debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información.

Como recuerda la Audiencia Provincial, Sección N. 5 de Palma De Mallorca de 3 de diciembre de 2012 que es a la entidad demandada a quien incumbe la carga de la prueba de que se dio cumplimiento a su obligación de información.

No constando tal información la demanda ha de ser estimada.

Cuarto.- Efectos de la declaración de nulidad.

En términos generales los efectos de la nulidad que se declara se habrían de acomodar a lo dispuesto en el art. 1303 CC, que dispone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum",

con efectos "ex tunc" y, por tanto, la situación jurídica de las partes habría de ser la misma que tendrían de no haberse perfeccionado el contrato.

Sin embargo el Tribunal Supremo en las mencionadas sentencias ha venido a resolver la cuestión de un modo distinto.

De este modo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 vino a limitar, por motivos eminentemente de oportunidad, los efectos de su declaración de nulidad a partir de la fecha de su publicación a fin de evitar perjuicios económicos de entidad. Se trataba en aquel supuesto de una acción colectiva por lo que, en principio, en las acciones individuales, que no parecían pudieran alcanzar los devastadores efectos que si pudieran tener cierta lógica en las colectivas, tal pronóstico como consecuencia del proceso lógico que contiene se desvanecía en la individuales como consecuencia de lo cual se dictaron sentencias que retrotraían los efectos de la declaración de nulidad al momento de la perfección del contrato.

Tal es lo que aconteció en las sentencias de instancia (primera y apelación) dictadas en proceso por ejercicio de acción individual, casadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015 que viene a estimar el recurso de casación argumentando que *"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".*

Es esto lo que, en la audiencia previa, instó la demandada con carácter subsidiario y, en consecuencia, al amparo de tales criterios ha de ser acordada que la retroactividad se produzca desde la fecha de 9 de mayo de 2013.

Quinto.- Costas e intereses moratorios:

De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC no procede imponer las costas a ninguna de las partes al haberse estimado parcialmente la demanda.

Los intereses moratorios tradicionalmente se han regido por el principio *in illiquidis non fit mora*, que como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2008 la misma Sala, en aplicación de este principio, mantuvo una línea jurisprudencial por la que se desestimaban las pretensiones de condena del deudor a pagar los intereses de demora (artículos 1101 y 1108 del Código Civil) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podría generar era inferior a la reclamada en la demanda. Consideraba, por ello, que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en *ilíquida* la deuda hasta la sentencia (así, Sentencias de 15 de febrero de 1.982, 30 de noviembre de 1.982, 21 de junio de 1.985).

Sin embargo, prosigue la sentencia, como señala la Sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2.007 , se ha producido posteriormente una evolución jurisprudencial en la materia rechazando el automatismo en la aplicación del principio *in illiquidis non fit mora*, «a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (sentencias de 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 31 de mayo de 2006 , entre otras muchas)» para evitar situaciones en las que al deudor le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada

(sentencias de 20 de diciembre de 2.005 y 31 de mayo de 2006). Y así, se ha dicho que "sólo una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido, según esta nueva orientación, ha de llevar a no reconocer el derecho al cobro de intereses legales moratorios (sentencias de 7 noviembre 2001, 20 marzo 2003 y 6 de octubre de 2.006 entre otras)".

Es pues la aplicación del artículo 1108 del CC una facultad valorativa de la razonabilidad de la oposición y de la diferencia entre lo pedido en la demanda y lo obtenido en la sentencia.

Aplicando tal doctrina al presente asunto procede condenar al pago de los intereses teniendo en cuenta que la cantidad objeto de condena es muy próxima a la solicitada en la demanda y que el asunto, una vez conocida la jurisprudencia no era muy discutible desde la perspectiva fáctica ni jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO

1.- Estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. D^a Marta Pérez García en nombre de ***** frente a Bankia S.A. y declaro la nulidad de la cláusula número tercera. Tres. Límite del tipo de interés variable apartado 4 del contrato de préstamo de 11 de marzo de 2009, cuyo contenido es: "no obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los periodos de interés siguientes al inicial del 3% anual durante el periodo establecido de carencia de amortizaciones y del 3,50% nominal anual durante el periodo de amortización de forma que, si del procedimiento de revisión inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar, este tipo mínimo durante dicho periodo de interés" y se condena a

Bankia S.A. a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo desde el 9 de mayo de 2013, restituyendo al actor, las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante el periodo en que la cláusula haya estado en vigor desde tal fecha y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3,5 %, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,90 % a lo que tendrá que sumarse a estas cantidades, el interés legal del dinero desde el cobro de cada uno de los intereses hasta esta sentencia devengando desde esta el interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

2.- No se imponen las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación y limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la preparación del recurso.

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

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada esta sentencia por el Magistrado-juez que la ha dictado, se notifica y archiva en la oficina judicial, dándole publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.



Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en SEGOVIA, a quince de Mayo de dos mil quince .

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL,