

**JUZGADO MERCANTIL  
NUMERO DIEZ  
BARCELONA**

Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edificio C, 13<sup>a</sup>

Procedimiento: **JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO 774/2012 - 2**

**S E N T E N C I A   N°**

En Barcelona, a siete de junio de dos mil trece

VISTOS por el Ilmo. Sr. DON JUAN MANUEL DE CASTRO ARAGONES, Magistrado Juez del Juzgado Mercantil número DIEZ de Barcelona, los Autos de Juicio Declarativo Ordinario 774/2012 sobre condiciones generales de la contratación entre

**Demandantes.-** DON ANIBAL JAVIER O. C. y DOÑA LORENA C. M., representados por el Procurador de los Tribunales don Jesús de Lara Cidoncha y asistidos por la Letrada doña Cristina Muntañola Alvarez

**Demandado.-** BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.), representada por el Procurador de los Tribunales don Carlos Montero Reiter y asistida por los Letrados don Jorge Capell Navarro y doña María José Villoslada Fumero

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 15 de noviembre de 2012 se interpuso demanda de nulidad de cláusula suelo de contrato de préstamo hipotecario, de acuerdo con los hechos y fundamentos de derecho que constan en el escrito de demanda.

**SEGUNDO.-** Por Decreto de 3 de diciembre de 2012 se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma a la demandada y emplazándola para que, en el plazo legal, compareciera y la contestara, lo que hizo, con oposición, en escrito presentado el 18 de enero de 2013, por lo que por Diligencia de Ordenación de 30 siguiente se citó a las partes a la audiencia previa, que se celebró el 9 de abril de 2013 con la comparecencia de ambas partes y en la cual, sin lograrse transacción alguna, las mismas se ratificaron en sus posiciones, se fijaron los hechos controvertidos y la parte actora propuso como pruebas la documental por aportada, mientras que la demandada propuso las de documental aportada, más documental, con aportación de documentos, y la testifical. Todas las pruebas propuestas, menos la más documental de la parte demandada, fueron admitidas, por lo que se señaló para la celebración de juicio el 14 de mayo de 2013 a las 12.30 horas de su mañana, según consta en el soporte audiovisual.

**TERCERO.-** En la fecha y hora señaladas se celebró el juicio con la práctica de las pruebas admitidas, quedando los autos vistos para sentencia.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-****Objeto del procedimiento. Posiciones de las partes**

El **objeto** del presente procedimiento es la solicitud de la parte actora de que se declare la nulidad de pleno derecho, por su naturaleza abusiva, de la cláusula Tercera bis.4 del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en escritura de 9 de noviembre de 2007 (Documento nº 1 de la demanda), que establece un tipo mínimo de interés de referencia, condenado a la entidad demandada a eliminar la misma del contrato, al ser una condición general impuesta y no negociada, así como a devolver a los actores la cantidad de 16.147,46 Euros, que se ha pagado en virtud de la aplicación de dicha cláusula desde el inicio de la vida del préstamo, así como todas las que se vayan devengando hasta la resolución definitiva del pleito, con condena al pago de los intereses de todas estas cantidades y a las costas del procedimiento.

La parte actora basa su acción en la normativa sobre las condiciones generales de la contratación, la protección de consumidores y usuarios, la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la regulación general sobre la nulidad de los contratos y sobre el abuso de derecho, contenida en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de Defensa de Consumidores y Usuarios, el Real Decreto 1507/2000, la Orden de 5 de mayo de 1994, la Circular 8/1990 y los Artículos 1.301 y siguientes y 6.4, 7.1, 7.2 y 1.255 del Código Civil, al constituir un evidente desequilibrio entre las partes del contrato de préstamo hipotecario objeto de los presentes autos el hecho de que el tipo mínimo de interés o "cláusula suelo" sea del 4,45% sin que se establezca un tipo máximo de interés o "cláusula techo", siendo dicha cláusula contraria a las exigencias de la buena fe, por ser una cláusula predisposta en todos los contratos, impuesta a los actores y no negociada.

Los **actores**, personas físicas que suscribieron un (1) préstamo hipotecario con la entidad demandada el 9 de noviembre de 2007 por 216.000 Euros, solicitan la declaración de nulidad de la estipulación Tercera bis.4 del mismo, pues entienden que la fijación de una "cláusula suelo" en su contrato es una cláusula abusiva que debe ser suprimida del mismo. Se basa dicha declaración de nulidad en que el contrato objeto de los autos es un contrato de adhesión que no puede negociarse individualmente y que fija en concreto, en una cláusula impuesta y no negociada, un tipo de interés mínimo o "cláusula suelo" que limita las bajadas de tipos, cuando era público y notorio que los tipos de interés iban a experimentar una drástica bajada desde, al menos, 2010, como se señala en distintos informes y noticias que se aportan (Documentos nºs 2 al 4 de la demanda).

Entienden los actores que esta situación fue deliberadamente ocultada por la entidad financiera demandada, no informando adecuadamente de esta situación y de las consecuencias de la aplicación de dicha cláusula y fijando, sin información alguna, la "cláusula suelo" para evitar pérdidas millonarias al banco demandado, sin establecer, además, una "cláusula techo", por lo que nunca se iba a aplicar una contraprestación o paralelismo entre las partes, existiendo, por tanto, una flagrante desproporción entre las prestaciones y obligaciones de las partes.

Explica la demanda que la cláusula que fija la demandada como tipo de interés de referencia mínimo, sin fijar un máximo, en sus contratos, el del 4,45%, quebranta, en opinión de la parte actora, el principio de reciprocidad de prestaciones y contraviene la normativa de consumo.

En definitiva, denuncian los actores que esas cláusulas no pudieron ser negociadas individualmente, por constar en un contrato de adhesión y ser impuestas, y que cuando intentaron suprimirla del contrato, la demandada se desentendió (Documentos n<sup>os</sup> 5 y 6 de la demanda). Realiza la parte actora en su demanda el cálculo de lo indebidamente pagado por los actores durante los períodos de aplicación de la cláusula suelo para llegar a la cantidad de 16.147,46 Euros que reclama en su demanda.

La **demandada** no discute la existencia del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los actores ni tampoco la cuantía del préstamo, las cuotas de amortización y la existencia de la cláusula cuya nulidad se pretende, fijada en un suelo del 4,45% y sin techo.

Tras alegar la excepción de litispendencia, sus principales motivos de oposición son los siguientes:

- (i) que la cláusula de tipos mínimo y máximo son válidas y están reguladas expresamente en varias disposiciones legales, constituyendo una parte del precio del préstamo y un elemento de estabilización de los costes y de los rendimientos, siendo admitidas por la Ley 7/1998 siempre que vengan reguladas en una disposición legal o administrativa;
- (ii) que no pueden calificarse como condiciones generales de la contratación, al ser una parte esencial del contrato y ser transparentes y haber sido negociadas, por lo que no son cláusulas predispuestas ni impuestas;
- (iii) que respetan las exigencias de la buena fe y no causan desequilibrio de las prestaciones, pudiendo ser desvinculadas del préstamo;
- (iv) que la parte prestataria fue debidamente informada de la cláusula cuya nulidad se pretende y de sus consecuencias, a través de una oferta vinculante, indicando la demandada que las cláusulas suelo que ha firmado son diferentes en función de cada caso particular de los clientes, no habiendo sido incorporadas masivamente (Documentos n<sup>os</sup> 3 al 7 de la contestación);
- (v) que las cláusulas de tipos de interés mínimos han sido aceptadas por las instituciones públicas y el Banco de España en diversos informes (Documentos n<sup>os</sup> 8 al 10 de la contestación) y
- (vi) que los tipos de interés, desde la aplicación del Euribor a partir de 2001, han sido bajos, por lo que rechaza las afirmaciones de la demanda de que era una estrategia de los bancos para salvaguardar sus beneficios, aportando resoluciones judiciales que le han sido favorables (Documentos n<sup>os</sup> 11 al 15 de la contestación).

**SEGUNDO.-****Cuestiones controvertidas**

Una vez resuelta en la audiencia previa la excepción de litispendencia planteada por la demandada, quedaron como **cuestiones controvertidas** del presente procedimiento el análisis del carácter abusivo de la "cláusula suelo", presente en el contrato objeto de los presentes autos, en cuanto a si existe un desequilibrio entre las partes, el análisis de si es una condición general predispuesta y no negociada, el análisis de si la cláusula es un elemento esencial del contrato, formando parte del precio del mismo y, finalmente, si los actores tuvieron suficiente información en cuanto a la negociación de la cláusula en cuestión.

**TERCERO.-****Cuestiones no controvertidas**

Deben declararse como cuestiones no controvertidas y hechos probados los siguientes:

- (i) Que las partes del procedimiento suscribieron un contrato de préstamo hipotecario el 9 de septiembre de 2007 por importe de 216.000 Euros, en el cual se fijó un tipo mínimo de interés de referencia del 4,45% en la estipulación Tercera bis.4 de la escritura pública (Documento nº 1 de la demanda)

**CUARTO.-****Prueba practicada**

Aparte de la documental que consta en autos, se practicó en el juicio la declaración testifical del gestor de la oficina de la entidad demandada que negoció el préstamo.

El Sr. M. declaró que les preguntó a los actores su situación personal y patrimonial, que les informó de los tipos de interés vigentes, que les informó de la existencia de la cláusula suelo, que les presentó una oferta que incluía todas las condiciones, que les explicó todo y atendió a sus preguntas, que los tipos se negociaban en función de la situación financiera de los clientes, que se hizo un estudio previo de la oferta y de la escritura, que la cláusula suelo no era una condición, que se negociaba el diferencial del Euribor y el tipo mínimo en función de la situación del cliente pero que no se podía optar a no tener cláusula suelo en el préstamo (minuto 9.45 del DVD).

**QUINTO.-****Valoración de la prueba practicada en relación con las cuestiones controvertidas****A. Naturaleza jurídica de la "cláusula suelo"**

1. Para la valoración de las cuestiones controvertidas en este procedimiento, debe analizarse la denominada "cláusula suelo", que la entidad demandada incluyó como estipulación Tercera bis.4 de la escritura de préstamo hipotecario y que señala que "*las partes acuerda 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 CUATRO COMA CUARENTA Y CINCO POR CIENTO nominal anual*". Por tanto, en dicha cláusula se fija la revisión del tipo de interés del préstamo, tanto del ordinario como del sustitutivo, si bien se establece que el interés nunca podrá ser inferior al 4,45%, sin fijar ningún techo alternativo.

2. Para determinar, pues, la nulidad de esta estipulación, que podría denominar "cláusula suelo sin techo", es necesario analizar si la misma supone un perjuicio para los clientes, los actores, en el sentido de si puede considerarse abusiva por producir un desequilibrio de prestaciones entre las partes, que suponga un perjuicio para los actores y una ventaja cualitativa para la entidad financiera demandada, así como si se produce una falta de información o una deficiencia de la misma, en cuanto a la obligación de la demandada de proporcionar al cliente información detallada suficiente para que el cliente aprecie las consecuencias concretas de la aplicación de este tipo mínimo.

*B. Condición de consumidor de los actores*

3. Aun cuando no ha sido discutido por las partes, en primer lugar es necesario determinar en qué concepto intervienen los actores en el contrato objeto de los presentes autos, es decir, si lo hacen como meros consumidores o dentro de la esfera de su actividad profesional o empresarial.

4. Así, mientras que la definición de **consumidor** aparecía en el Artículo 1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, tanto en sentido positivo – "*a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*" -, como en sentido negativo – "*no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*", el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprobó el Texto Refundido de la nueva Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y que ha derogado la Ley de 1984, resume el concepto de consumidor en su Artículo 3, según el cual "*a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*".

5. Tomando como base el precedente Artículo, y teniendo en cuenta las posiciones contractuales de ambas partes, es evidente que los demandantes actúan como personas particulares, fuera del ámbito propio de su actividad profesional o empresarial, por lo que deben considerarse como **consumidores**, sin que deban suponerse conocimientos financieros, por lo que es necesario aplicar las condiciones de una persona de normal conocimiento en esta materia.

6. Partiendo de la anterior premisa, podemos señalar que en la actualidad existen una serie de disposiciones normativas, tanto de ámbito estatal como de ámbito comunitario, que abordan el fenómeno capital de la defensa de los consumidores y usuarios en aquellos supuestos en que existe un evidente desequilibrio en las posiciones contractuales de las partes. Se basan estas normas en el principio de la libertad de pactos consagrada en el Artículo 1.255 del Código Civil y constituyen una serie de reglas de carácter imperativo y, por tanto, de necesaria observancia por las partes. Su contravención acarrea, por tanto, la nulidad de los pactos que a las mismas se opongan, y que tienen por finalidad última la protección del equilibrio contractual que impone la buena fe contractual. De esta forma, se consagran una serie de garantías de equidad

contractual que limitan el alcance del referido Artículo 1.255 del Código Civil en aras a proteger a la parte débil del contrato.

7. La Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, como antecedente normativo del Texto Refundido de 2007, supuso un marco general de protección en la materia que se completa, antes de la entrada en vigor del Texto Refundido, con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que vino a desarrollar el mandato comunitario contenido en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, a lo que hay que añadir la interpretación que sobre las mismas hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 3 de junio de 2010.

8. Combinando ambas disposiciones, y tras quedar definidas las condiciones generales de la contratación en el Artículo 1 de la Ley 7/1998, el Artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007 define las cláusulas abusivas diciendo que "*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*".

#### C. *Concepto de cláusula abusiva. Condición general. Falta de información*

9. Partiendo de ello, el concepto de cláusula abusiva se puede centrar en aquella estipulación que, no habiéndose negociado individualmente o consentido expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato - Artículos 3.1 de la Directiva 93/13 y 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007 -, que sea perjudicial, a lo que se precisa añadir que el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa - Artículos 82.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y 4.1 de la Directiva 93/13 -.

10. Ello implica la necesidad de realizar una interpretación judicial del contrato, a la luz del Artículo 1.285 del Código Civil, que, teniendo en cuenta los distintos tipos de cláusulas abusivas recogidos en los Artículos 82.4 y 85 a 90 del Texto Refundido, que no dan un elenco o catálogo cerrado de tipos, y guiada esta interpretación por los parámetros de la buena fe, establecen cuándo una cláusula es abusiva, atendiendo a las circunstancias concurrentes y con base en criterios sistemáticos, sin olvidar la regla interpretativa "*contra proferentem*", que impide que una cláusula oscura se interprete a favor del predisponente, esto es, en este caso, de la entidad bancaria demandada.

11. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1999, con cita, a su vez, de numerosas Sentencias del mismo Tribunal, indica que "*a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba*". Esta doctrina es la recogida actualmente en el apartado segundo del Artículo 82.2 del Texto Refundido, que, siguiendo a la Directiva 93/13, dispone que "*el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*".

12. Igualmente, hay que señalar la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, según la cual "*el artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[I]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)". Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] ;-; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".*

13. Aplicando lo anterior al caso enjuiciado, en el presente procedimiento, mientras la entidad financiera señala que la "cláusula suelo sin techo" del contrato fue conocida de forma suficiente por los actores y que, por tanto, no puede considerarse como una condición general de la contratación, y mucho menos de carácter abusivo, esta afirmación no ha tenido la correspondiente prueba de la existencia de tal negociación o información.

14. Si bien la demandada no solicitó el interrogatorio de los actores, prueba fundamental para determinar el vicio del consentimiento en cuanto a la falta de información y negociación, el gestor de BANCO PASTOR, S.A. que declaró como testigo afirmó categóricamente que no había opción a firmar el contrato sin cláusula suelo, por lo que la conclusión a la que debe llegar es que dicha cláusula ya estaba fijada y era innegociable. A través de esa declaración testifical, se ha podido acreditar que no se explicó con el detalle suficiente las consecuencias de esta cláusula, sino que hubo una exposición general del contrato y sus términos y condiciones en comparación con otros de la misma entidad, señalando, además, el Sr. M. que la cláusula suelo no podía suprimirse del contrato ni reducirse o cambiarse. Prueba de ello es que los actores no pudieron negociar un cambio cuando comunicaron sus quejas por escrito a la entidad, que rechazó su reclamación.

15. Por tanto, es posible afirmar que este tipo mínimo del 4,45% venía impuestos por la entidad y los actores tenían nulo margen de maniobra. La declaración testifical, junto al texto de los documentos que constan en autos – el préstamo y la oferta vinculante -, hacen prueba plena de que los actores no pudieron negociar expresamente el tipo de interés mínimo del 4,45% ni la supresión o modificación del tipo mínimo con posterioridad.

16. Dada esa falta de información, es lógico que los actores no descubriesen la existencia de esa “cláusula suelo sin techo” hasta 2012, momento en el cual los tipos de interés empezaron a descender significativamente y a ellos no les bajaban la cuota mensual.

17. Ciento es que en la oferta vinculante del préstamo se recogió la “cláusula suelo sin techo” (Documento nº 3 de la contestación). Ciento es que en la escritura de préstamo hipotecario dicha “cláusula suelo sin techo” se destacó en letra negrita en cuanto al tipo (Documento nº 1 de la demanda). Ciento es también que el Sr. M. declaró en el juicio que informó de forma global a los actores sobre todas las condiciones del préstamo hipotecario, entre ellas la “cláusula suelo sin techo”.

18. Pero también es cierto, y ha sido igualmente acreditado, que los actores pueden considerarse ciudadanos medios, con un escaso o incluso nulo nivel de conocimientos financieros, y que el Sr. M. reconoció que no se hizo una explicación concreta, específica y detallada de las consecuencias de la aplicación de la “cláusula suelo sin techo” y que dicha cláusula no podía suprimirse del contrato. La entidad financiera debería haber realizado un plus de explicación de dicha cláusula y no lo hizo, por lo que ese plus debe identificarse con una falta de la información necesaria y suficiente para que los actores tuvieran un pleno conocimiento de la misma y sus consecuencias.

19. Así, no puede tenerse como acreditado que la fijación de un tipo mínimo de interés aplicado al préstamo suscrito por los actores, fuera, efectivamente, fruto de una negociación entre las partes y tampoco que los actores recibieran suficiente información sobre las consecuencias del mismo.

#### *D. Desequilibrio de prestaciones*

20. Determinada la naturaleza de la “cláusula suelo sin techo” del préstamo como condición general de la contratación, impuesta y no negociada individualmente, lo cual supone su nulidad, la otra cuestión estriba en determinar si esa “cláusula suelo sin techo” es contraria a la buena fe y causa, en perjuicio de los actores como consumidores, un desequilibrio importante y perjudicial de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

21. A este respecto, podemos considerar que la “cláusula suelo” es uno de los instrumentos de cobertura que pueden utilizarse ante los riesgos de fluctuación del índice de referencia de los tipos de interés. En el caso del contrato de autos, el índice es el Euribor y éste, como es sabido, fluctúa periódicamente. La “cláusula suelo” tiene, además, cierta relevancia en la actualidad, ya que el Euribor ha sufrido en los últimos años una bajada considerable en relación con el existente hace unos años.

22. Como tal instrumento de cobertura es lícita su incorporación a los contratos de préstamo hipotecario como el de autos, el cual no se vería afectado por causa de nulidad alguna, siempre que dicha inclusión fuera consentida y pactada entre las partes y, además, que el desequilibrio que pudiera generar por sí sola se viera compensado por otros mecanismos, siempre que todo ello sea previa y claramente detallado, informado y pactado entre las partes, con aceptación expresa y conocimiento de los consumidores de las consecuencias de todo ello.

23. Ese mecanismo podría ser que la entidad bancaria demandada incluyera una "cláusula techo", en el sentido de fijar un tipo de interés máximo. No obstante, ni siquiera se ha fijado un techo en el tipo de interés, con lo cual el desequilibrio entre las partes es más evidente, puesto que el diferencial actual, y el previsto en los próximos años, que el banco conoce perfectamente, permiten afirmar que la pérdida para el banco sería muy inferior a lo que supone la pérdida para el consumidor, ya que, partiendo de una media de Euribor en los próximos años del 5,5%, el diferencial entre este porcentaje y el 4,45% es muy inferior al diferencial entre el mismo porcentaje y un tipo que ni siquiera se fija.

24. Además de ello, consta en la prueba practicada en el procedimiento, a través de la testifical, que la entidad demandada no informó de forma adecuada y detallada a los actores, no solamente de la naturaleza de la "cláusula suelo sin techo", sino también, y sobre todo, de las consecuencias de la aplicación de la misma, en un entorno conocido por la entidad, de futura y previsible bajada de los tipos de interés, de tal forma que la entidad quedaba beneficiada de forma evidente en perjuicio de los actores, con la circunstancia agravante de no fijar un techo o tipo máximo, lo que supone un mayor desequilibrio. La referida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en un caso con fijación de techo, llega a afirmar que "*lo elevado del suelo hacia 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*".

25. Por tanto, en el presente caso, en el cual no sólo se ha probado que los actores no tuvieron una oportunidad real de negociar los términos de su contrato y, en particular, la rebaja o supresión de la mencionada "cláusula suelo sin techo", sino que se ha acreditado que no existe contrapartida alguna de "cláusula techo", el desequilibrio es más que evidente, con lo que no se respeta el principio de reciprocidad en que se asienta el equilibrio de derechos y obligaciones, al amparo de los Artículos 82.1 y 82.4.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007.

26. Mediante esta cláusula, sin contrapartida alguna, la entidad prestamista obtiene una posición totalmente ventajosa objetivamente en relación con el cliente, que no goza de la protección en caso de una variación al alza del índice de referencia o de otras ventajas que compensen esta falta de protección, al ni siquiera aplicar un índice como techo, con incumplimiento del Artículo 8.2 de la Ley 7/1998.

27. Por todo ello, es procedente estimar la demanda en su integridad y declarar el carácter abusivo de la mencionada "cláusula suelo sin techo" que se incluye en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, debiendo ser eliminada dicha cláusula del referido contrato.

28. Asimismo, la declaración de nulidad de la cláusula supone la devolución a los actores de la cantidad de 16.147,46 Euros, pagada por la aplicación de la cláusula, así como de las cantidades que se devenguen, al amparo del Artículo 1.303 del Código Civil y de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 21 de marzo de 2013.

29. Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 limita los efectos de la nulidad y declara que no cabe un "*automatismo absoluto en su aplicación*", y la Sentencia del Tribunal Supremo ya indicada de 9 de mayo de 2013 no apreció la retroactividad y, por tanto, no condenó a las entidades financieras demandadas a devolver las cantidades pagadas por aplicación de la cláusula suelo anulada, considero que los motivos que determinaron la falta de devolución no se dan en el presente caso, pues de la prueba practicada se ha acreditado que la entidad financiera demandada no ha cumplido los mínimos de información que le exige la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y ha supuesto un cambio significativo en las cuotas del préstamo, ello a pesar de que la cláusula pueda considerarse lícita y responda a un rendimiento mínimo de los activos.

## **SEXTO.-**

### **Sobre los intereses**

30. Estimada la demanda en su integridad, y procediendo la devolución de la cantidad de 16.147,46 Euros, así como de las que se devenguen con posterioridad por aplicación de la cláusula declarada nula por abusiva, es procedente igualmente la condena al pago de los intereses moratorios sobre la citada cantidad y las que resulten, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículo 1.100 y concordantes del Código Civil, desde la fecha de cobro de cada una de dichas cantidades hasta su completa devolución, sin perjuicio de la aplicación de los intereses de ejecución previstos en el Artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## **SEPTIMO.-**

### **Sobre las costas**

31. Dado que la demanda se estima íntegramente, se imponen las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los Artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por las facultades que me han sido conferidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en nombre del Rey

**FALLO: ESTIMO INTEGRAMENTE LA DEMANDA** interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Jesús de Lara Cidoncha en nombre y representación de DON ANIBAL JAVIER O. C. y DOÑA LORENA C. M. y dirigida contra BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) y, en su virtud,

- A. **DECLARO** la nulidad de la "cláusula suelo sin techo" incluida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, dado su carácter abusivo
- B. **CONDENO** a la parte demandada BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) a eliminar dicha cláusula del referido contrato
- C. **CONDENO** a la parte demandada BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) a devolver a los actores DON ANIBAL JAVIER O. C. y DOÑA LORENA C. M. la cantidad de DIECISEIS MIL CIENTO CUARENTA Y SIETE EUROS CON CUARENTA Y SEIS CENTIMOS DE EURO (16.147,46 EUR), cobradas en virtud de la aplicación de la cláusula anulada
- D. **CONDENO** a la parte demandada BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) al pago a los actores DON ANIBAL JAVIER O. C. y DOÑA LORENA C. M. de todas las cantidades que se devenguen en aplicación de dicha cláusula declarada nula
- E. **CONDENO** a la parte demandada BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) a pagar a los actores DON ANIBAL JAVIER O. C. y DOÑA LORENA C. M. los intereses legales moratorios sobre todas las citadas cantidades desde la fecha de cobro de cada una de ellas hasta su completo pago
- F. **IMPONGO** las costas causadas en este procedimiento a la parte demandada BANCO PASTOR, S.A. (en la actualidad, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.)

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los Autos, quedando el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo, haciendo saber a las partes que contra esta resolución, pueden interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito a presentar ante este juzgado en el plazo de veinte (20) días desde el siguiente a la notificación de esta resolución, con los requisitos fijados por el Artículo 455.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para interponer el recurso de apelación será necesaria la **constitución de un depósito** de CINCUENTA EUROS (50 EUR), sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banesto. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Adicional 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la Disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita.

**DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.** La anterior Sentencia, ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.