



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

SENTENCIA: 00056/2021

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

PLAZA LONGORIA S/N
Teléfono: 985750074, Fax: 985753078
Correo electrónico:

Equipo/usuario: PML
Modelo: N04390

N.I.G.: 33026 41 1 2021 0000067

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000035 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. CE [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. RAMON BLANCO GONZÁLEZ, RAMON BLANCO GONZÁLEZ

Abogado/a Sr/a. JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO, JORGE ALVAREZ DE LINERA PRADO

DEMANDADO D/ña. SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA n^o :

En GRADO, a 26 de mayo del 2021.

Juez que la dicta: Beatriz Fernández Díaz.

Parte demandante: [REDACTED]

González.

Abogado: Jorge Álvarez de Linera Prado.

Procurador: Ramón Blanco González.

Parte demandada: Banco Santander, S.A.

Abogado: [REDACTED].

Procurador: [REDACTED].

Objeto del juicio: acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Firmado por: BEATRIZ ADELA
FERNANDEZ DIAZ
26/05/2021 16:38
Minerva

PRIMERO.- El día 25 de febrero del 2021, la indicada representación de la parte actora, formuló escrito de demanda, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado en la que, con fundamento en los hechos y consideraciones legales que cita, se concluía suplicando dicte sentencia por la que se realicen los siguientes pronunciamientos:

- a) Se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo suscrito en fecha de 25 de febrero de 2014 y acompañado como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos a la cláusula suelo recogidos en el último párrafo de la póliza.
- b) Que se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y la elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato y cuyo contenido literal de la cláusula dice: *"No obstante lo previsto en ésta y en las cláusulas anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 8,00 por ciento*
- c) Se declare nulidad parcial de contrato de préstamo suscrito en fecha 25 de febrero de 2014 y acompañado como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos al interés de demora, fijado en el 29%
- d) Se declare nulidad parcial de contrato de préstamo suscrito en fecha 25 de febrero de 2014 y acompañado como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos a la comisión por reclamación de posiciones deudoras y a la comisión de apertura.
- e) Que se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y las elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato.
- f) Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas, desde la formalización del contrato, con el

interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta de la parte actora hasta demanda, y el interés legal desde la presentación de la demanda hasta Sentencia e incrementado en dos puntos desde Sentencia y hasta su efectivo pago, cantidades a determinar en ejecución de Sentencia.

- g) Se condene a la entidad bancaria demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin tener en cuenta las cláusulas anuladas
- h) Se condene a la entidad demandada al abono de todas las costas que se causen en este procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de oponerse e interesar se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Tras lo cual se convocó a las partes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar en el día 17 de mayo de 2021, con la concurrencia de todas ellas, en el que se interesó únicamente prueba documental, quedando los autos en poder de SS^a para resolver.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades establecidas por la Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de la parte actora ejercita una acción de nulidad contractual y devolución de cantidades cobradas, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1301 y 1303 del Código Civil, arts. 5 y 7 de la LCGC y arts. 82, 83 y 85 del TRLGDCYU en relación con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Sostiene que el 25 de febrero de 2014 ambas partes celebraron una póliza de préstamo con garantía personal a interés variable intervenida por notario por la suma de 13.000 euros con una plazo de duración de 7 años con un interés nominal del 8% el primer periodo de un año y un interés variable correspondiente al tipo medio de los



préstamos hipotecarios a tres años incrementado en 4,50% puntos porcentuales, con un tipo de interés mínimo del 8,00%. Igualmente se estableció una comisión de apertura de 130 euros, una comisión por reclamación de posiciones deudoras de 34 euros y un interés de demora del 29%. Dicho contrato fue redactado unilateralmente por la demandada, sin posibilidad alguna de negociación por la actora, siendo las cláusulas indicadas abusivas por ser contrarias a la buena fe y ocasionar un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, interesando por ello su declaración de nulidad y devolución de las cantidades percibidas en su aplicación.

Por su parte, la demandada se opone a la demanda, negando, en primer lugar la condición de consumidor del actor y que el préstamo estuviera destinado a satisfacer sus necesidades personales; en segundo lugar, opone la prescripción de la acción de restitución; en tercer lugar, se opone a la nulidad invocada de contrario, arguyendo que se trata de cláusulas que fueron negociadas entre las partes teniendo la actora conocimiento de su incorporación al contrato al haber sido expresamente informada acerca de su existencia, siendo válidas las comisiones litigiosas de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, además de estar reguladas en la normativa vigente, superando en cualquier caso, el control de transparencia y abusividad.

SEGUNDO.- *Condición de consumidores.* La demandada niega la condición de consumidor de la parte actora, en concreto, de D. [REDACTED], pues, según razona, es autónomo desde 1999 dedicándose al sector del transporte por taxi y que, por ello, el préstamo no estaba destinado a satisfacer sus necesidades personales como evidencia, por si solo, que la operación suscrita era un crédito mercantil, lo que traslada al demandante la carga de probar que el capital prestado estaba destinado a fines personales.

El concepto de consumidor aparece definido en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre como "*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*". Tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 7 de marzo, se incluyeron también, dentro del concepto de consumidores a "*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica*



que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

La STS de 11 de abril del 2019 efectúa un exhaustivo análisis de la figura del consumidor y señala, en relación con dicho precepto que "el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional." Dicha sentencia cita la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), que resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

"(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato



con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16 , EU:C:2018:37 , apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95 , EU:C:1997:337 , apartado 17)".

En consecuencia, continua señalando el TS en las sentencia antes citada, "este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo ; 166/2014, de





7 de abril ; 688/2015, de 15 de diciembre ; 367/2016, de 3 de junio ; 16/2017, de 16 de enero ; 224/2017, de 5 de abril ; 594/2017, de 7 de noviembre ; y 356/2018, de 13 de junio."

Conforme a la cláusula primera de las condiciones generales el montante al que asciende el préstamo se entrega al prestatario "en concepto de préstamo mercantil". La entidad demandada, con base a dicha expresión y al hecho de que uno de los demandantes, en concreto, D. [REDACTED], figure en algún tipo de página web registrado como empresario individual destinado al transporte por taxi, niega su condición de consumidor. En prueba de ello, aporta las capturas de dicha página web, como documentos nº2 y 3 de la contestación.

Ciertamente la prueba practicada en autos, sobre la condición de consumidor del actor, resulta escasa. La mención a un crédito "mercantil" es insuficiente para negar la condición de consumidores de los actores y los documentos nº2 y 3, además de haber sido impugnados de contrario, carecen de eficacia probatoria pues, en primer lugar, no consta la página web de la que se extrajeron, lo que ya de por sí, es motivo suficiente para su rechazo y, en segundo lugar, por sí solos nada demuestran en cuanto al destino del capital prestado. Aun considerando acreditado que D. [REDACTED] se dedique profesionalmente al transporte, ello no permite colegir que el préstamo responda a sus necesidades profesionales, pues como ya se ha anteriormente expuesto, una misma persona puede ostentar la condición de consumidor respecto de un préstamo y no tenerla respecto de otra operación.

En cualquier caso y sin necesidad de acudir a las normas sobre la carga de la prueba, no cabe desconocer que en la nota final de la póliza de préstamo (página 9) los prestatarios "declaran haber recibido con la debida antelación la información normalizada europea indicada en la Ley 16/2011 de Contratos de Créditos al Consumo" lo que evidencia su condición de consumidores, pues dicha información debe ser entregada a los consumidores, según el artículo 10 de la referida ley. En consecuencia, y dado que según la propia póliza se hace mención a dicho extremo, debe partirse de la condición de consumidores de los demandantes, a falta de prueba en contrario.

TERCERO. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley





General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su artículo 83 núm. 1 la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos efectuados con consumidores, nulidad que ha de ser apreciada de oficio.

En este punto hay que reseñar que el artículo 82 del Texto Refundido, establece que se consideran 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, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, relacionándose esas cláusulas en los artículos 85 al 90 de la Ley. Asimismo el artículo 82 dispone que *"2.El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 3. El carácter abusivo de una cláusula 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. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable."* La consecuencia es la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas. La parte del contrato afectada de nulidad se integrará, según establece la propia norma, con arreglo al artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A su vez el artículo 85, que como los anteriores tiene un carácter meramente enunciativo, considera abusiva en su número 6, *"Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones."*





Igualmente el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, interpretada por la ya conocida Sentencia del Tribunal Europeo de 14 de junio de 2012, establece: "1 *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.* 2 *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de contratos de adhesión*". A su vez el artículo 4 de la directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". En el anexo de la directiva enunciada, en el número 1 se comprende entre las cláusulas abusivas, letra e), "imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta".

En definitiva, la nulidad podrá declararse cuando se constate la existencia de desproporción, lo que obliga a efectuar una comparativa con otros parámetros o intereses aplicables, teniendo en cuenta, además, las circunstancias del caso concreto, conforme las reglas de la buena fe, y ello con el fin de determinar si se produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

CUARTO. *Cláusula suelo.* Se plantea la nulidad por su carácter abusivo de la denominada cláusula suelo. En la póliza de préstamo objeto de la litis se establece, dentro de las condiciones de liquidación y, de acuerdo con la condición general segunda y cláusula adicional primera, un interés nominal del 8% el primer periodo de un año y, una vez transcurrido el primer año, un interés variable correspondiente al tipo medio de los préstamos hipotecarios a tres años incrementado en 4,50% puntos porcentuales; no obstante lo cual, en el párrafo final de la cláusula adicional tercera, se pacta que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable será del 8,00%.





En relación con la licitud de este tipo de cláusulas ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, (y en el posterior Auto de Aclaración de fecha 3 de junio de 2.013), donde se analiza con exhaustividad la naturaleza y efectos de las cláusulas suelo y techo. En la sentencia se concluye que, en si mismas, las referidas cláusulas no pueden ser consideradas abusivas, ya que, en principio, al afectar al objeto principal del contrato no cabe el control de su equilibrio al resultar amparadas por la libertad de mercado. Ahora bien, pese a que no pueda examinarse la abusividad de su contenido, señala el Tribunal que el sistema las somete a un doble control de transparencia al tener la condición de condiciones generales de contratación y que se concreta en el filtro de su inclusión o incorporación al contrato y en el control de transparencia propiamente dicho. En el caso de que no se superen dichos controles, podrá analizarse su eventual carácter abusivo pues la ausencia de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

Dicho doble control debe comenzar con el control de la inclusión, que viene regulado por los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la Contratación en relación con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios. Se trata, a través de este control, que el consumidor, antes de prestar el consentimiento, conozca la existencia de la cláusula y que la misma no sea ilegible, oscura o ambigua. El control de incorporación, atiende, pues, a una mera transparencia documental o gramatical.

En cuanto al control de transparencia se exige que la información suministrada permita al consumidor conocer las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula aceptada o, en términos del Alto Tribunal *"Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato"*. Es decir debe analizarse cual fue la información concreta transmitida al cliente por parte del banco y si dicha información permitió al prestatario conocer el alcance real de la cláusula en cuestión. En este sentido,





la referida sentencia concluye a favor de la licitud de las mismas siempre y cuando "su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio." (apartado 256). En los dos Fundamentos siguientes se destaca que "No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo - máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-." y que "Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo ". Por el contrario, las cláusulas no serán transparentes cuando: "a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor". (apartado 225). En definitiva y en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 "debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la





reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”.

Finalmente la primera de las referidas resoluciones fundamenta el carácter abusivo de la cláusula suelo en atención al desequilibrio en el reparto de riesgos que las mismas comportan, con apoyo en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 que dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Así como en el artículo 82.1 TRLCU que establece 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”. Por ello manifiesta que: *“Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia”.* (apartado 217). *“La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor”.* (apartado 218). *“Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.”* (apartado 219). *“Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los*



riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza" (apartado 264).

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso de autos debe conducir necesariamente a la declaración de abusividad de la cláusula suelo. En la demanda (hecho 2º, parr. 2º) se invoca la falta de transparencia de la cláusula suelo y resto de las cláusulas litigiosas al haber sido incorporadas al contrato sin conocimiento, negociación ni consentimiento de los demandantes que desconocían su existencia; de igual modo, se alega que por la entidad demandada nunca se explicó su alcance y funcionamiento, sin realizarse simulaciones para su mejor comprensión. Por el contrario, en la contestación a la demanda se invoca (hecho previo, pág. 3ª y hecho 2º, pág. 14) el carácter negociado de la cláusula cuya nulidad se interesa, si bien, su calificación como condición general de contratación no ofrece duda alguna pues nada se ha probado al respecto por la entidad demandada - la carga de la prueba sobre el carácter negociado de la cláusula corresponde al profesional, así lo establece la Directiva 93/13/CEE de aplicación en los contratos celebrados con consumidores, como sería el caso, que en su artículo 3.2 dispone que el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba-. En el presente caso, el esfuerzo probatorio de la demandada encaminado a acreditar el carácter negociado de la cláusula suelo ha sido nulo, pues ni se ha instado el testimonio del empleado del banco ni se ha aportado prueba alguna que acredite la negociación previa. Sentada la naturaleza de la cláusula como condición general de contratación la misma no supera el doble control de transparencia referido y, además, causa un evidente desequilibrio importante en los derechos y obligaciones del ejecutado (art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007). Comenzando con el llamado "filtro de incorporación" o control



de inclusión, no consta que se haya entregado a la demandante la oferta vinculante y la información contractual previa legalmente exigida (art. 7 y ss. de la Ley de Créditos al Consumo). En este sentido no cabe desconocer que en la nota final de la póliza de préstamo (página 9) los prestatarios "declaran haber recibido con la debida antelación la información normalizada europea indicada en la Ley 16/2011 de contratos de créditos al consumo"; no obstante, con independencia de la existencia de dicha mención en la póliza, lo cierto es que por la demandada no se ha aportado la correspondiente oferta vinculante firmada por la actora.

Además del cumplimiento de la normativa bancaria vigente en la fecha de la suscripción - que como ya se ha dicho no se ha sido probada-, lo cierto es que para superar el doble control de transparencia se exige, además, se garantice la comprensibilidad real de las cláusulas. En el presente caso, pese a que aisladamente considerado pudiera parecer que la fijación de límites a la variación del tipo de interés resulta redactada de forma sencilla y comprensible, lo cierto es que, además de no aparecer resaltada en modo alguno sin usar negrita o cualquier otro tipo de elemento que destaque su redacción, figura incluida en el párrafo final de la cláusula adicional tercera, sin incluirse dentro de las condiciones de liquidación ni dentro de las condiciones generales tras la fijación del tipo de interés, de tal suerte que su ubicación dificulta la percepción de la trascendencia de la cláusula litigiosa, máxime cuando aparece citada tras un contexto de otras informaciones que distraen la atención del consumidor. Se encuentra enmarcada dentro de una pluralidad de datos, sin que conste, pese a que por el Banco demandado se alega que los responsables de la sucursal se explicó a los prestatarios el funcionamiento de la cláusula, que se facilitarían a los prestatarios por el Banco simulaciones sobre el comportamiento futuro de los tipos de interés ni información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

En consecuencia a cuanto antecede, procede declarar su abusividad, al entender que no es transparente ni ha permitido a la ahora demandante conocer el alcance económico real de la misma, generando, además, un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en la medida en que el interés variable inicialmente pactado se convierte en fijo a la baja en perjuicio del prestatario al imposibilitar el





abaratamiento del interés, protegiendo así el interés económico del Banco prestamista, sin que, en definitiva, la actora se haya podido beneficiar de la bajada del EURIBOR..

Finalmente añadir que la STS n°105/20, de 19 de febrero aborda la cuestión relativa a la abusividad de la cláusula suelo en los préstamos personales, como es el caso de autos, y entiende que en el caso enjuiciado la cláusula en cuestión no supera el control de transparencia por no quedar constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza.

QUINTO. *Interés de demora.* En las condiciones de liquidación en relación con la cláusula 5ª de las condiciones generales se establece un interés de demora del 29%, invocando la demandante su carácter abusivo. En este caso no ofrece duda el carácter abusivo del interés fijado de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 22 de abril de 2015 que dice que " *en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado*", doctrina que ha encontrado respaldo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, resolviendo varias cuestiones prejudiciales europeas al respecto, declarando, en sus apartados 18 y 70, que la Directiva 93/13 no se opone a que se establezca dicho criterio de abusividad respecto de cláusulas de préstamos no negociadas celebradas con consumidores relativas a los intereses de demora, cuando tales cláusulas respondan al criterio de que el interés de demora sea superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado entre las partes en el contrato.

En cuanto a las consecuencias de la declaración de abusividad, citada STS de 22 de abril de 2015 establece que " *La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el*





incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

Solución ésta que el TJUE ha declarado conforme al derecho de la Unión Europea en sentencia de 7 de agosto de 2018 que dice: *"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato".*

SEXTO. *Comisión de apertura.* En las condiciones de liquidación se establece una comisión de apertura de 130 euros. La reciente sentencia de la AP de Asturias de 23 de febrero de 2021, tras reseñar que debido a las dudas sobre la legitimidad de esta cláusula han modificado el criterio al respecto hasta en dos ocasiones, concluye que *"Sin embargo, tras el dictado de la STJUE de 16 de julio de 2020 (asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19) y al menos en tanto no hay un pronunciamiento con superior criterio, entiende esta Sala que debe volverse al inicial criterio. En efecto, en lo esencial y por una parte, el párrafo 71 de esta resolución establece: "Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales séptima a décima que el artículo 3, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la*





esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este. En cualquier caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a controlar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual referida al objeto principal del contrato, con independencia de si el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.". Y, por otra parte, el párrafo 79 señala: "Habida cuenta de las anteriores consideraciones, debe responderse a la undécima cuestión prejudicial en el asunto C224/19 que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente.". Se deduce, entonces, la posibilidad de declaración de abusividad de la cláusula cuando la entidad financiera no demuestre que la comisión de apertura responda a servicios efectivamente prestados o gastos en que hubiera incurrido.

Este ha sido, asimismo, el parecer mayoritario hasta el momento -que no unánime- de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales posterior a la STJUE de 16 de julio de 2020. Así, a título de ejemplo, puede citarse el criterio expresado en diversas sentencias por la sección 4 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (así, la de 21 de julio de 2020), de la sección 3 de la Audiencia Provincial de Castellón (así, SAP 501/2020, de 29 de julio), de la sección 4 de la Audiencia Provincial de Murcia (así, SAP 723/2020, de 3 de septiembre) o de la sección 5 de la Audiencia Provincial de Baleares (así, SAP 597/2020, de 21 de septiembre). Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, la entidad financiera no ha practicado prueba que acredite que la comisión de apertura haya respondido a servicios efectivamente prestados ni gastos en que haya incurrido, por lo que la cláusula debe considerarse abusiva y, consecuentemente, confirmar la declaración de nulidad acordada en la sentencia recurrida".





De acuerdo con dicha doctrina y vista la ausencia de prueba al respecto por parte de la entidad demandada que acredite que la comisión cobrada haya respondido a servicios efectivamente prestados, debe ser considerada abusiva, declarando su nulidad y condenando a la demandada reconvenzional a la devolución de su importe.

SEPTIMO. *Comisión de reclamación de posiciones deudoras.* En las condiciones de liquidación en relación con la condición general 3ª del contrato se establece una comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas de hasta 34 euros. Según la referida cláusula cuando se efectúen reclamaciones de reembolsos se percibirán de una sola vez por cada posición deudora vencida o excedida que la cuenta haya mantenido para compensar los gastos de gestión para su regularización. Pues bien, la aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso de autos debe conducir necesariamente a la declaración de abusividad de la referida cláusula. Resulta más que evidente que, en el caso que nos ocupa, debe declararse la nulidad de dicha cláusula por abusiva pues, en primer lugar, no consta que el cobro de tal comisión responda a servicios efectivamente prestados, siendo el devengo de la misma, según se colige de la redacción de la cláusula, automático, es decir, que la misma se devenga por la existencia de la posición deudora y no por la realización de gestiones encaminadas al cobro de la misma; en segundo lugar, no consta acreditado que el coste de reclamación por recibo impagado ascienda a las sumas que se reclaman y; en tercer lugar, la demandada impone, asimismo, un interés de demora de nada menos que el 29%. Máxime considerando que el esfuerzo probatorio de la demandada en relación con la acreditación de la realización de gestiones encaminadas al cobro de las posiciones deudoras ha sido prácticamente inexistente. En este sentido se dice en la contestación que la entidad demandada tiene contratada con la compañía REINTEGRA S.L. la gestión de las posiciones deudoras pues dicha entidad presta servicios de recobro y recuperaciones así como reclamaciones judiciales, aportando el contrato con la referida entidad; sin embargo, no acredita la realidad de las reclamaciones o gestiones realizadas en el caso concreto, pues no se han aportado los documentos - acuses de recibo, justificante de burofax etc- o testificales dirigidos a justificar la realidad de cada de una de las gestiones realizadas, sin que, por otro lado, se justifique el coste individualizado de cada reclamación. Por





lo que, debe declararse nula al suponer un incremento injustificado de penalización subsumible en el meritado precepto, no habiéndose acreditado la negociación individual de la misma y considerándose absolutamente desproporcionada.

En cualquier caso, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 24 de abril de 2018, o en la SAP de León de 10 de enero de 2018, con cita, en ambas, de la Sentencia de la AP de Vitoria de 30 de diciembre de 2016, el supuesto fáctico del que se deriva la imposición de la comisión de recobro pudiera incluso no dar lugar a comisión alguna en la medida en que "Cuando se produce una "posición deudora", es decir, un impago por el cliente bancario, la tarea de recobro no es un servicio efectivamente facilitado al cliente, ni un gasto en que incurra la entidad por prestarlo" y "Cumple una función legítima, el recobro de lo impagado, pero que sirve al profesional, no al consumidor. Por lo tanto, si se siguen las directrices de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, no podría dar lugar a una comisión, pues no hay servicio o gasto que retribuir" "cuando se produce un descubierto, impago o "posición deudora", opera el interés de demora característico de la contratación bancaria".

Igualmente señala la SAP de Asturias de 13 de mayo de 2019 "A ello hemos de añadir que el fijar una cuota determinada, en función del importe del saldo adeudado, sin tener en cuenta el coste real de esa reclamación, nos lleva a calificar la cláusula como abusiva en los términos regulados en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aplicable al caso de autos. Es más, así lo debió entender la entidad ahora apelante cuando procedió a devolver cantidades recibidas por ese concepto."

OCTAVO. Prescripción de la acción de restitución. La demandada opone la prescripción de la acción de restitución. La SAP de Asturias de 23 de marzo de 2021 señala al respecto que "Por otra parte, no se desconoce la polémica existente sobre la cuestión planteada aquí por la parte impugnante en cuanto a la prescripción de la acción de reclamación de cantidad (expresiva de la misma es, a título de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña, sección 4ª, de 22 de noviembre de 2.018). Es uniforme la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida





a una nulidad absoluta. Ahora bien, en cuanto a la acción de reclamación o restitución, concurre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por ser inherente a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, bien desde el momento del pago (la sentencia última citada o la sección 15ª de la A.P. de Barcelona, a título de ejemplo), bien quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad (invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016, tesis esta última que compartimos), sosteniéndose incluso otras posturas más minoritarias respecto a la fecha de inicio del cómputo. También la STJUE de 16 de julio de 2020 apunta en el sentido de ser posible la prescripción de la acción de restitución, pero iniciar el cómputo de la misma desde la declaración de nulidad. En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina uniforme en el ámbito de esta Audiencia rechazando la prescripción de la acción de restitución."

Por todo ello, ha de rechazarse la prescripción de la acción de restitución y condenarse a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de las cláusulas declaradas nulas.

Las consecuencias de toda declaración de nulidad son las previstas en el artículo 1303 del Código Civil que establece que los contratantes deberán restituirse recíprocamente aquello que hubiese sido material del contrato, con sus frutos y el precio con sus intereses, lo que conduciría a reintegrar al prestatario las cantidades indebidamente percibidas, en su caso, en virtud de las cláusulas nulas a determinar, en ejecución de sentencia (véase, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de mayo de 2019). La SAP de Asturias de 28 de mayo de 2020 dispone que "Por otra parte, la restitución de cantidades es consecuencia del principio de efectividad del derecho comunitario en materia de consumo. El artículo 6.1 de la Directiva 13/93 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor de no haber existido la cláusula nula, de tal modo que la restitución, como efecto de la nulidad, habría de aplicarse incluso de oficio, sin que sea necesario abundar aquí sobre el





relativismo de los principios clásicos de dispositividad y correlativos que rigen en esta materia."

De otro lado la demandada se opone a la acción de restitución en la medida en la que la actora no acredita que se hayan aplicado efectivamente las comisiones declaradas nulas, lo cual es cierto a la vista de la prueba documental aportada a instancia de la parte actora.

Ahora bien, partiendo del principio de facilidad probatoria (que en este caso perjudica a la entidad demandada) y siendo pacífico el hecho de la existencia de una previa reclamación extrajudicial en la que el actor requería a la demandada no solo que reconociera la nulidad de las cláusulas sino que le entregase las oportunas liquidaciones mensuales, sin que conste que lo haya hecho, la tesis de la demandada debe decaer.

Por todo ello la demanda debe ser estimada en su integridad.

NOVENO. Intereses. La deudora incurre en mora desde la fecha de la reclamación judicial y desde entonces viene obligada al pago del interés legal, con arreglo a los artículos 1.100 y 1.108 del Código civil.

DÉCIMO. Costas. En materia de costas, dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en los juicios declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En el presente caso, se imponen las costas a la parte demandada, vista la íntegra estimación de la demanda.

Vistos los preceptos legales invocados, y demás normas de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por la representación procesal de D. [REDACTED]

[REDACTED] contra la mercantil Santander, S.A. y, en consecuencia:

- a) DECLARO la nulidad parcial del contrato de préstamo suscrito en fecha de 25 de febrero de 2014 y acompañado





como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos a la cláusula suelo recogidos en el último párrafo de la póliza.

- b) CONDENO a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y la elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato y cuyo contenido literal de la cláusula dice: *"No obstante lo previsto en ésta y en las cláusulas anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 8,00 por ciento"*
- c) DECLARO la nulidad parcial de contrato de préstamo suscrito en fecha 25 de febrero de 2014 y acompañado como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos al interés de demora, fijado en el 29%
- d) DECLARO la nulidad parcial de contrato de préstamo suscrito en fecha 25 de febrero de 2014 y acompañado como documento nº2 de la demanda, en todos los contenidos relativos a la comisión por reclamación de posiciones deudoras y a la comisión de apertura.
- e) CONDENO a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y las elimine del contrato, dejando subsistente el resto del contrato.
- f) CONDENO a la entidad demandada a la devolución de todas las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas, desde la formalización del contrato, con el interés legal desde la fecha en que se detrajeron dichas cantidades de la cuenta de la parte actora hasta demanda, y el interés legal desde la presentación de la demanda hasta Sentencia e incrementado en dos puntos desde Sentencia y hasta su efectivo pago, cantidades a determinar en ejecución de Sentencia.
- g) CONDENO a la entidad bancaria demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo sin tener en cuenta las cláusulas anuladas

Con imposición de las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer





recurso de apelación en el término de los veinte días siguientes al de su notificación.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

