



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 BIS  
Plaza del Adelantado s/n  
San Cristóbal de La Laguna  
Teléfono: 922 92 44 25 - 18  
Fax.: 922 92 44 27  
Email.: insta1bislagu@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
Nº Procedimiento: 0002902/2017  
NIG: 3802342120170010375  
Materia: Sin especificar  
Resolución: Sentencia 000478/2019  
IUP: CR2017046940

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:  
caixabank

Abogado:

Procurador:  
Irma Amaya Correa

## SENTENCIA

En San Cristóbal de la Laguna a 29 de marzo de 2019

Vistos por mí Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de La Laguna, los presentes autos de juicio Ordinario seguidos bajo el num. 2902/2017 promovidos por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Irma Amaya Correa en nombre y representación de D.<sup>a</sup> bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Noemi Melio Martín contra Caixabank SA representada por el Procurador de los Tribunales D.<sup>a</sup> bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup>

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> Irma Amaya Correa en la representación que tiene acreditada presentó demanda de juicio ordinario , alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes y terminó suplicando que previos los trámites legales se dictase sentencia en la que estimando la demanda, " se declare la nulidad de la estipulación tercera bis referente a la "cláusula suelo" inserta en el contrato de préstamo suscrito por mi representada y la demandada el 15 de julio de 2.005, donde se fijó un tipo de interés mínimo de 3,00%, sin la aplicación de ningún límite mínimo del tipo de interés. Igualmente se solicita que se declare la nulidad de la cláusula 5 del contrato de préstamo suscrito el 15 de julio de 2.005 por su carácter abusivo, manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

2.- Se condene a la entidad demandada a restituir a mi representada las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dichas cláusulas desde la incorporación al contrato de las mismas, todo ello a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización de los siguientes cálculos: a) Cálculo matemático consistente en restar a las cantidades realmente abonadas desde la suscripción del contrato, las que se deberían haberse abonado conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene –sin cláusula suelo-, con todos los efectos a ello inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, condenando a la entidad demandada igualmente






a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la cláusula suelo. b) Cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula quinta, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, que son en concreto las siguientes cantidades: el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados que asciende a 1.648,08€, Gastos Registrales a 147,74€ y los Gastos Notariales a 769,92€. SUBSIDIARIAMENTE en el hipotético caso que no se acoja el pedimento 2.b., interesa se condene a la demandada, en relación a los gastos de formalización de la hipoteca, únicamente al pago de los gastos registrales, esto es 147,74€ y al 50% de los Gastos Notariales, esto es 384,96€, así como los intereses estas cantidades desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero 3.- Que se condene en costas a la entidad demandada."

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda el Procurador de los Tribunales D. Ana Jesús García en la representación que tiene acreditada presentó la contestación a la demanda solicitando que previos los trámites oportunos se dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda.

**TERCERO.-** El 20/3/2019 se celebró la Audiencia Previa a la que compareció el actor y los demandados. Tras comprobar la subsistencia del litigio y proponer prueba, quedaron los autos vistos para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente caso se ha ejercitado una acción de nulidad de la cláusula tercera bis y la nulidad de la cláusula que regula los gastos del contrato de préstamo hipotecario de 15 de julio de 2005.

Antes de entrar en el fondo del asunto conviene precisar que la cuantía del procedimiento debe ser indeterminada sobre la base de las reglas contenidas en los artículos 253,1 y 253,3 de la LEC y ello a la vista de que la parte actora no tiene ninguna facilidad para el cálculo del importe exacto reclamado. Motivo por el que aquélla solo puede remitirse a la ejecución de sentencia fijando las bases para la determinación. Además, la pretensión principal ejercitada es la declaración de nulidad de una cláusula contractual sobre la base de la abusividad de la misma, siendo la devolución del importe resultante de su aplicación un mero efecto de la misma. Razones por las que no cabe ninguna duda de que se trata de un procedimiento de cuantía indeterminada, tal y como ha venido recogiendo la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

En cuanto al fondo del asunto, estamos ante un préstamo hipotecario, que como bien indica la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, se configura como un préstamo a un consumidor garantizado con hipoteca, debiendo el prestatario devolver no solo el principal obtenido sino los intereses fijos o variables que se hayan pactado.

Con carácter general en el caso de los intereses variables la totalidad de los consumidores saben y conocen que el importe de la cuota vendrá determinada por el índice de referencia más el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.

Ahora bien, puede ocurrir como en el presente caso que en la escritura pública de hipoteca se fijen las conocidas cláusulas suelo o techo. Suponiendo, en la práctica, muchas veces la



Este documento es copia auténtica del firmado electrónicamente por:	
MARÍA DEL PILAR OLMEDO LÓPEZ - Magistrado-Juez	29/03/2019 - 12:49:40
Conforme a lo dispuesto en la normativa vigente en materia Protección de Datos de Carácter Personal, le hago saber que los datos contenidos en esta comunicación son confidenciales, quedando prohibida su difusión por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.	



transformación de la hipoteca de interés variable a una hipoteca de interés fijo en su límite inferior. Es decir, dichas referencias operarían como tipos máximos y mínimos a los intereses a pagar por el prestatario. Así, cuando el índice de referencia más el diferencial son más bajos que el tope estipulado, la cláusula genera la inaplicación del interés variable pactado e impiden la bajada de la cuota.

No cabe ninguna duda de que nos encontramos ante una condición general de contratación. Cuestión clara a la luz de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Así, en la misma se establece que el hecho de que aquéllas se refieran al objeto principal de contrato y cumplan una función definitoria o descriptiva esencial del mismo no impide que se califique como condición general. Siendo el conocimiento de la misma un requisito previo al consentimiento. Es decir, que no se excluyen los deberes de información para el empresario. Por lo tanto, si bien la regla general es que no cabe control sobre su equilibrio, sobre la base de una posible abusividad. Dicha regla no exime del doble control de transparencia legal.

**SEGUNDO.-** Conforme a la jurisprudencia será preciso examinar dos cuestiones: la primera es si la información que se facilita y los términos de la misma cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato y las negativas de no ser ilegible, ambigua, oscura e incomprensible. Es decir, se valora la transparencia de la cláusula en el propio contrato y su forma de incorporación al mismo. En segundo lugar, debe examinarse si en el contexto en el que se enmarcan es posible para el consumidor conocer el impacto que la cláusula puede tener.

Por ello, analizando las cuestiones anteriores en el caso concreto. En cuanto al control de transparencia. Deben superarse dos filtros distintos. La forma en que dicha cláusula se ha incorporado al contrato, en términos generales, y la inclusión específica en cuanto al carácter de consumidor del deudor.

Respecto a la primera cuestión, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula una serie de "pasos" para la constitución de préstamos hipotecarios con consumidores: entrega al solicitante de un folleto informativo, oferta vinculante (con las condiciones financieras, tipo de interés, límites, variación...) , posible examen de la escritura por el prestatario tres días antes del otorgamiento y formalización ante la notario de la escritura, donde el aquél queda obligado a informar a las partes y advertir de las circunstancias del interés variable.

En el presente caso, desde el punto de vista material sí consta aportada la oferta vinculante previa a la contratación en la que se incluye la cláusula suelo. La redacción del contrato hipotecario tampoco es rotundo ya que pese a fijar en numerosas ocasiones que se suscribe una hipoteca a interés variable luego se introduce una cláusula suelo con el siguiente tenor " sin que el tipo de interés nominal anual del préstamo pueda llegar a ser superior al ... % ni inferior al 3 % cobertura gratuita a los ..."

Es decir, que de ninguna manera se puede admitir cumplido el primer presupuesto de transparencia en relación a la entidad. Siendo dicha falta suficiente según la jurisprudencia del Tribunal Supremo como para estimar íntegramente la demanda.

**TERCERO.-** No obstante, a mayor abundamiento en relación al segundo control de transparencia. El Tribunal Supremo en su sentencia 406/2012 de 18 de junio explica este segundo análisis indicando que se trata de un parámetro abstracto de validez, fuera de la






interpretación general del CC. Aclara que dicho examen tiene como finalidad determinar si el adherente conoció o pudo conocer tanto la carga económica que le supone la suscripción de la misma ( onerosidad, sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación...) como la carga jurídica, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, como en la asignación y distribución de los riesgos de la ejecución y desarrollo del mismo.

El artículo 4,2 de la directiva 1993/13/CE liga este juicio de transparencia al juicio de abusividad. De tal forma que estas condiciones generales pueden ser abusivas si el defecto de transparencia provoca de forma oculta una alteración no del equilibrio objetivo entre el precio y la prestación sino del equilibrio subjetivo, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Por ello, incluso admitiendo una correcta transparencia material, la realidad es que no se ha practicado prueba alguna de la que se pueda inferir que el actor conoció o pudo conocer, gracias a la información facilitada, el funcionamiento de la cláusula, su incidencia como parte del objeto principal del contrato, el hecho ( ahora indiscutible) de que firmaba una hipoteca a tipo fijo en su límite inferior Es decir, se dan todas y cada un de las circunstancias mencionadas en la sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo :

- « a) La creación de 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.
- »b) La falta de información suficiente de que se trata de3 un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- »c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- »d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.
- »e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- »f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad ».

Por lo tanto, la entidad bancaria incumplió de forma rotunda su deber de información. El actor ni supo ni pudo conocer hasta el año 2013 que su hipoteca realmente contenía una cláusula que determinaba de un modo relevante el precio del contrato. El desconocimiento en el reparto real de los riesgos y el desequilibrio que supone la existencia de un suelo que transforma una hipoteca variable en una a tipo fijo ante determinados escenarios.

Es cierto que se produjo la declaración de la persona que teóricamente intervino en la contratación y que, además, guarda una relación de parentesco con la demandante, ya que es su tía. La misma afirmó que su forma de explicar la cláusula suelo consistía en mostrarle el mínimo que podría pagar y el máximo. Sin embargo, dicha explicación es absolutamente insuficiente e inexacta. La entidad Cajacanarias no tenía ninguna hipoteca sin suelo, por lo que difícilmente podían ofrecer otros productos. De la testifical resulta imposible saber si la






demandante realmente entendió que pese a suscribir una hipoteca a interés variable no podría beneficiarse de las bajadas del Euribor, ya que en esos casos podría quedarse abonando un interés fijo muy superior al que podría pagar sin la existencia del suelo. Esta es realmente la carga económica y el reparto de riesgos que debía explicarse para que la consumidora pudiera formarse una idea exacta sobre el contrato que firmaría y lo que suponían las cláusulas previstas en el mismo. El ejercicio mental no es solo valorar si se tendría capacidad económica para afrontar los pagos sino si la hipoteca a lo largo de su vida contenía una estipulación del precio que quisiera aceptar. Ello, en el hipotético caso, que tampoco puede aceptarse sin fisuras, de que realmente se ofreciera la explicación que se mantuvo en la testifical.

**CUARTO.-** En cuanto a las consecuencias de dicha nulidad. Es evidente que pese a ir referidas al objeto principal del contrato no han superado el control de transparencia, motivo por el que ha sido posible su examen de abusividad. Sin que dicha precisión pueda suponer la imposibilidad para la subsistencia del crédito.

Ahora bien, respecto a los efectos de dicha nulidad, sin necesidad ya de transcribir lo que ha sido una larga evolución de jurisprudencia entre Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia Europeo no cabe ninguna duda de que al inaplicarse la cláusula y conforme a lo establecido en los **los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de los mismos ha hecho el Tribunal de Justicia, no es posible que los tribunales nacionales puedan moderar la devolución de las cantidades que ya ha pagado el consumidor –y a la que está obligado el profesional- en aplicación de un cláusula declarada nula desde el origen por defecto de información y/o transparencia.”** Ha concluido “ **la jurisprudencia española que limita en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecario en España es incompatible con el Derecho de la Unión”. “tal limitación en el tiempo resulta una protección de los consumidores incompleta e insuficiente** que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas, en contra de lo que exige la Directiva”. Debiendo, en consecuencia, condenar a la entidad a la devolución de los importes recibidos indebidamente, previa liquidación de los mismos por parte de la entidad.

**QUINTO.-** Se interesa, igualmente, la nulidad de la cláusula quinta. En la referida cláusula se imponen con carácter general la totalidad de los gastos y tributos a cargo del prestatario.

Se invoca como fundamento de la pretensión anterior lo establecido en el artículo 10 bis de la ley 26/1984, la ley de consumidores y usuarios de 2007 en su redacción actual y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 entre otras. Debiendo destacar que pese a la amplitud de la cláusula realmente se reclama el importe relativo a gastos notariales, registrales.

No cabe ninguna duda que estamos ante una condición general de contratación conforme a lo establecido por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 y la Directiva Europea 93/13 “ las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos “.






Tampoco puede existir ninguna duda de que pese a que se especifiquen ciertos gastos, comisiones ..., tal y como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de enero de 2018, el carácter omnicomprendido de la repercusión de los mismos, justifica su declaración de nulidad por abusiva y su expulsión del contrato. Precisamente, por no distribuir de forma equitativa los mismos, por ignorar por completo quién es el obligado legalmente o reglamentariamente a su abono o por no valorar quién pudiera ser el único beneficiado por ellos.

Dado que se ejercita una acción individual deben analizarse los gastos cuya devolución se pretende y el efecto específico que dicha cláusula ha tenido en el consumidor, ya que no solo basta el control en abstracto sino que resulta esencial fijar la consecuencia de la misma. Precisamente, porque el análisis debe abarcar cada gasto en concreto y lo que el derecho positivo establece en relación al mismo. Recoge, igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias que en el marco de la acción individual puede y debe discriminarse los extremos que merecen la calificación de nulidad y los que deben conservar su validez y eficacia ( artículo 82,2 del Rdlég 1/2007). Declaración que concuerda con lo recogido por el Pleno del Tribunal Supremo en orden a la cesación en el uso de la cláusula en cuanto a atribución indiscriminada al consumidor de la totalidad de los gastos , pero sin olvidar que una parte de ellos han de ser , necesariamente, a cargo del prestatario, de manera que en relación a los mismos no puede decirse que la cláusula sea nula.

Ya existe una jurisprudencia clara del Tribunal Supremo sobre cada uno de los gastos cuya devolución se interesa en el presente procedimiento.

Así, respecto a los aranceles notariales y registrales: ha establecido el Tribunal Supremo "El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

Los gastos de notaría deben imponerse por mitad. Según recoge el Tribunal Supremo el artículo 63 del Reglamento de Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en el Arancel, la norma sexta del anexo II del RD 1426/1989 de 17 de noviembre dispone " la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales y si fueran varios a todos ellos solidariamente".






Precisamente, por dicho motivo, concluye el Tribunal Supremo afirmando que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben restituirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (517.2.4 LEC) mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo con garantía hipotecaria a un interés generalmente más beneficioso que los que podrían obtenerse en otros préstamos sin dicha garantía.

Gastos del Registro de la Propiedad. El Real Decreto 1427/1989 de 17 de noviembre establece en su norma octava, anexo II, apartado 1º que “ los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c del artículo 6 de la ley hipotecaria se abonarán por el transmitente o el interesado”.

Es decir, recoge el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras en las dictadas el 23 de enero de 2019, que el criterio en este caso no es quien pueda resultar beneficiado sino que el gasto le corresponde a aquél a cuyo favor se inscribe o anote el derecho. Razones por las que dado que la garantía se inscribe a favor del Banco, éste debe ser quien asuma el coste que se genere por la actuación.

Finalmente, en conclusión a lo descrito la cláusula controvertida es nula ya que implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato, lo que determina su abusividad, tal y como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de enero de 2019, entre otras.

Ahora bien, el efecto o consecuencia de dicha nulidad no puede ser otro que la condena al banco a reintegrar lo que debería haber abonado. (Artículo 6 y 7 de la Directiva 93/13) y artículo 8 y 83 del TRLGDCU. En este caso, 399,7 euros.

SEXTO.- Estimando íntegramente la demanda se imponen las costas a la parte actora conforme dispone el artículo 394 de la LEC. .

### FALLO

Estimo la demanda presentada por la Procuradora D. <sup>a</sup> Irma Amaya Correa en nombre y representación de D.<sup>a</sup> y declaro la nulidad de la estipulación tercera bis referente a la “cláusula suelo” inserta en el contrato de préstamo suscrito p el 15 de julio de 2.005, donde se fijó un tipo de interés mínimo de 3,00%, sin la aplicación de ningún límite mínimo del tipo de interés. Igualmente se declara la nulidad de la cláusula 5 del contrato de préstamo suscrito el 15 de julio de 2.005 por su carácter abusivo, manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

Condono a la entidad demandada a restituir a la actora las cantidades que se hayan cobrado de más mediante la aplicación de dichas cláusulas desde la incorporación al contrato de las mismas, todo ello a determinar en ejecución de sentencia mediante la realización de los siguientes cálculos: a) Cálculo matemático consistente en restar a las cantidades realmente abonadas desde la suscripción del contrato, las que se deberían haberse abonado conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene –sin cláusula suelo-, con todos los efectos a ello






inherentes en cuanto a la modificación del capital pendiente de amortización y la realización de las revisiones sucesivas, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, condenando a la entidad demandada igualmente a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable sin la aplicación de la cláusula suelo.

b) Cantidades cobradas de más por aplicación de la cláusula quinta, así como los intereses de las cantidades abonadas de más desde el momento de su pago hasta su devolución por aplicación del tipo de interés legal del dinero, que son en concreto 399,7 euros

Todo ello, con expresa condena en costas.

Así por esta mi sentencia, frente a la que cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días, mediante escrito presentado en este Juzgado y que deberá ir suscrito por Letrado y Procurador, para ante la Audiencia Provincial de esta capital, lo pronuncio, mando y firmo, haciéndole saber la obligación del pago de la tasa correspondiente.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado, de conformidad con lo establecido en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de la **Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder**

Asimismo para la admisión del recurso deberá el recurrente acreditar el pago de la tasa en la cuantía determinada en el artículo 7 de la Ley de 10/2012 de 20 de noviembre (reformada por RDL 3/2013) por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia (B.O.E. nº 280 de 21 de noviembre de 2012), debiendo adjuntar el modelo de autoliquidación. Teniendo en cuenta la reforma operada por el Rdley 1/2015 de 27 de febrero, concretamente de su artículo 11.

Publicación. En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**EL/LA Magistrada**




