

**Juzgado de 1ª Instancia número 4
Y de lo mercantil
Jaén**

S E N T E N C I A N°

En Jaén a trece de diciembre de 2013.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles n° 158/13, de **juicio ordinario** por D. Luis Shaw Morcillo, magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil y 1ª Instancia número 4 de Jaén y su partido; seguidos a instancia de D. F, representado por el procurador D. Rafael Juan Romero Vela; contra CAIXA BANC S.A., representada por la procuradora Dª Luisa Guzmán Herrera;

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por el mencionado procurador se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. F contra CAIXA BANC S.A., con referencia a la nulidad de cláusula suelo; alegando posteriormente los fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, y terminaba con la súplica de que 1/ Se declare la nulidad de la estipulación que establece en el contrato del que se deriva la presente demanda el límite de las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3'75% y cuyo contenido literal "interés nominal mínimo en las revisiones 3'750%. 2/ Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula del acuerdo con las bases que excedan del EURIBOR anual más un punto. 3/ Se condene a la entidad al pago de los intereses legales devengado conforme al art. 1.109 CCI; 4/ Se condene a la demandado al pago de las costas causadas en este procedimiento.

II.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado por 20 días de la misma al demandado para su personación y contestación, personándose en los autos representado por la procuradora Sra. Guzmán Herrera, no admitiéndose la

contestación al haberse realizado fuera de plazo.

III.- Con fecha de 1/10/13, se celebró la audiencia previa, concretándose los hechos litigiosos y proponiendo prueba siendo declarada pertinente la siguiente: interrogatorio, testifical y documental.

IV.- Con fecha de 3/12/13 se celebró el juicio durante el cual se practicaron las pruebas que fueron declaradas pertinentes, manifestando posteriormente las partes sus conclusiones reiterando sus pretensiones de condena y absolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Validez de la cláusula.

Tradicionalmente se venía cuestionando la validez de las conocidas como cláusulas suelo en base a lo dispuesto en el art. 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el cual establece: "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". Se defendía que tal cláusula se trata de una condición no negociada individualmente e impuesta al consumidor para acceder al servicio, básico, de financiación de la vivienda habitual; sin que exista justificación en su imposición y provocando un desequilibrio entre los contratantes.

Esta juzgado declaró con reiteración la validez de la misma. Se resolvía que **si con conocimiento de lo acordado y libremente** se pacta una cláusula suelo la misma no debe de ser nula; lo mismo que se pacta un interés fijo elevado puede pactarse un interés variable y un fijo a la vez; es decir, el interés fijo es lícito, sea cual sea su cuantía (fuera de los supuestos de usura), por la misma razón debe de serlo un pacto que fije un interés variable hasta determinado porcentaje y un fijo a partir de ese porcentaje. Si no se

cuestiona la validez de una cláusula del 3% como interés fijo ¿Por qué iba a cuestionarse en caso de que se establezca como variable hasta ese punto?

Y la licitud, en abstracto de tales cláusulas fue declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 donde se dice "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que 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" (256)

SEGUNDO.- Carácter de condición general.

Se discute si es posible el control de tales cláusulas defendiéndose su carácter de no ser condiciones generales de la contratación, dado en principio son facultativas (no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan y su importe puede variar de uno a otro contrato).

Conforme al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: son condiciones generales de la contratación 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.

Los requisitos para que determinado pacto sea una condición general conocido por las partes y debe de declararse que el pacto objeto de nulidad es una condición general. Como indica la sentencia de 9 de mayo de 2013 (153 y ss) se trata de un hecho notorio; y ciertamente es de público conocimiento, la existencia de las cláusulas suelo y su imposición a una gran generalidad de prestatarios es de general conocimiento. Como indica la tan traída sentencia, en todo caso corresponderá a la entidad financiera acreditar lo contrario y de lo obrante en las actuaciones no cabe sino concluir que la cláusula suelo es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos (aún cuando no sea a la totalidad), que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco a modo de "oferta irrevocable". A lo sumo, el cliente puede obtener, si tiene conocimiento de la existencia de tal

suelo, un mayor o menos fijo a partir del cual no puede bajar el interés pero no consta que haya podido evitar la imposición del suelo.

Pero es que además, tan evidente es que se trata de una condición general, que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación respecto de una acción de cesación de condiciones generales de la contratación; es decir, que si no tuviera tal naturaleza no podría haberse estimado tal casación. Y téngase en cuenta que lo hace para una multitud de contratos sin entrar a valorar si en cada uno de ellos hubo más o menos negociación. En consecuencia, dado que las cláusulas examinadas en la sentencia de casación son prácticamente idénticas (aún cuando pueda variar el tipo del porcentaje fijo) a las hoy objeto de análisis deberán considerarse, las cláusulas suelo incluidos en los contratos de préstamo hipotecario con los consumidores como condiciones generales de la contratación. Por último, tal carácter de condición general la ha recogido la Audiencia Provincial de Jaén, en auto de 28/11/13 con referencia a un contrato suscrito por BBK BANK CAJASUR.

TERCERO.- Posibilidad de control de las cláusulas suelo.

Por versar estas cláusulas sobre un elemento esencial pues en puridad constituyen el precio del contrato, se discute si pueden ser objeto de control por parte de los tribunales.

La SAP Álava 9/7/13 indica que aún considerándose tal cláusula como elemento esencial del contrato (por ser parte del precio) ello no impide su control. Así lo han declarado la STJUE de 3 de junio de 2010, C-484/08-, la STS 4 de noviembre de 2010, rec. 982/2007 (sobre el carácter abusivo de las cláusulas de redondeo), y la STS de 9 de mayo de 2013, en el párrafo 144 del FJ 7º: "El hecho de que [las condiciones generales de contratación] se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo". El referido auto de la Audiencia Provincial de Jaén así también lo recoge. En consecuencia es posible controlar judicialmente tal condición.

CUARTO.- Control de claridad o transparencia.

El Tribunal Supremo concluye (223 y siguientes) que la cláusula suelo supera el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores. Y en el fallo de la sentencia relata hasta seis circunstancias por las que no las supera: 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; falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas; ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; e inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Del Auto de Aclaración de la expresada Sentencia, de fecha 3 de Junio de 2.013, se desprende que las circunstancias enumeradas, constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

Carrasco Perera critica esta consideración del Supremo: "La cosa no merece más divagación: lo que la sentencia denomina falta de transparencia no es más que suministro de información deficiente al consumidor, en el sentido de los arts. 60 LGDCU o 7.1 de la Ley de Competencia Desleal. Pero las patologías de incumplimiento de deberes de información no se pueden gestionar con una norma de control de contenido de la cláusula, y han de cursar a través de los mecanismos ordinarios - no susceptibles de un control abstracto de abusividad- de las acciones de nulidad por defectos de

consentimiento. El proceso intelectual acaba en una regresión, y el control de validez intrínseca de cláusulas contractuales predispuestas deviene un control casuístico del cumplimiento de los deberes de información precontractual".

Pero llámese falta de transparencia o de información precontractual se trataría de una obtención viciada del consentimiento, pues se estaría contratando sobre algo que realmente no se conoce su alcance. Como señala Pertíñez el deber general de transparencia que pesa sobre el empresario alcanza una mayor intensidad en relación a aquellas cláusulas (conocidas como sorprendentes o insólitas) que, aún siendo en sí mismas claras y comprensibles, inciden sobre las expectativas que legítimamente se hace el cliente acerca del contenido del contrato; especialmente, cuando tales cláusulas afectan al cálculo o determinación del precio.

QUINTO.- Supuesto de autos.

De lo antecedente procede decretar la nulidad objeto de examen en los presentes autos pues no se trata sino de un supuesto análogo al contemplado por el Tribunal Supremo. En el contrato de préstamo hipotecario la cláusula de interés mínimo era común (estandarizada) a todos los tipos de préstamos ofrecidos, resultando incuestionable que la situación de la cláusula en los contratos y su propia redacción revelan la ausencia de transparencia y de información no solo sobre su contenido, sino también sobre sus efectos reales en el ámbito del propio contrato conforme a la reiterada sentencia del Supremo.

Hay una falta de información suficiente respecto de la cláusula pactada que permita al consumidor prestar su consentimiento conociendo el alcance real sobre un elemento esencial del contrato (cuanto va a pagar). Así:

.- No consta la existencia de una previa oferta vinculante y de que el demandante tuviera con suficiente antelación el borrador del contrato que se iba a firmar, ni se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma. Ciertamente las alegaciones respecto de este extremo son contradictorias entre las partes, pero dada la posición privilegiada de la entidad financiera, que es la encargada de suministrar la información y la que se encarga de toda la documentación del préstamo hipotecario, correspondería a la misma conforme al

principio de facilidad acreditar este extremo, y al no constar debe pechar en su contra conforme al art. 217 LECi.

.- No consta simulación previa con relación a la evolución del EURIBOR (y la falta de prueba sobre este extremo debe de ir contra los intereses de la demandada conforme se ha indicado). Esta simulación tiene gran importancia pues es con conocimiento de la misma cuando el cliente puede llegar a conocer el alcance de lo que firma, a saber que pese a una notoria bajada del tipo de interés él va a seguir pagando una determinada cantidad de euros e incluso conocer que pagaría si no tuviera esa cláusula.

.- No puede dudarse de que el notario ha dado lectura a la integridad del préstamo tal y como lo recoge en la escritura. Pero la mera lectura notarial no supone efectivo conocimiento por el consumidor respecto de este tipo de cláusulas que se exige un notable control. Y no se puede obviar las circunstancias concurrentes en la firma; el notario Fernando Olaizola comenta en la Revista de Derecho Notarial: "cuando después de semanas de gestiones con el banco, trámites, idas y venidas, el cliente se entera ya en el despacho del notario de que en su préstamo hay una cláusula suelo, tendrá en torno a la mesa al bancario y al representante de la gestoría; seguramente, a sus padres o suegros, como fiadores; si compra el piso que hipoteca, también a los vendedores y al agente inmobiliario; habrá firmado al menos dos contratos de seguro, pagado tasaciones, abierto cuentas y realizado domiciliaciones; y no va a trastocarlo todo por un quítame allá esa cláusula, que encima vete a saber cuándo y cómo le dará por variar al tipo de referencia". Puede tener algo de jocoso este comentario, pero refleja fielmente la realidad.

.- La cláusula aparece entre otra multitud sin destacar sobre toda la complejidad de cláusulas que un contrato de esta naturaleza conlleva. Ello conlleva a que el consumidor no repara en estas cláusulas, de forma que no está prestando un consentimiento efectivo al precio del contrato. Como indica el mencionado notario, la eliminación del carácter sorprendente de la cláusula exige por parte del prestamista una especial llamada de atención sobre ella, lo que podrá hacerse destacándola por su ubicación separada, su impresión en distinto tamaño o color de letra, su subrayado o por "el

empleo junto a las cláusulas de símbolos que llamen la atención, como una mano roja apuntándola (la red hand rule característica de los contratos anglosajones), una calavera o una señal de stop". Pero es que además en el presente caso la determinación de esta cláusula aparece "claramente obscurecida"; dentro de la cláusula tercera y en el apartado B, aparecen otros seis subapartados de compleja redacción (así el 1) tipo de interés nominal anual..."en cada uno de los períodos de revisión será igual a la suma del índice de referencia adoptado y el diferencial, sin redondeo") y resulta que pese a tener 54 páginas la escritura de préstamo hipotecario, no contiene cual es el interés fijo de esa cláusula suelo, sino que tiene que remitirse a un anexo I donde en letra más pequeña, figura como 3.7 el interés nominal mínimo en las revisiones.

Aún cuando no se ha aducido en la contestación, al no haberse admitido la misma por formularse fuera de plazo, en conclusiones la parte hace alusión a la inobservancia de lo dispuesto en el art. 219 LECi. Ciertamente el art. 219 prohíbe sentencias que pospongan el cálculo de la cantidad a abonar a un posterior proceso de ejecución, pero admite la salvedad cuando pueda realizarse en base a una pura operación aritmética. Y evidentemente, de estimarse los intereses pagados de más sería la diferencia entre lo abonado y la aplicación del EURIBOR más el porcentaje pactado, simple operación aritmética que además sería muy sencilla para la entidad bancaria.

SIXTO.- Retroactividad.

Es tal vez la cuestión más discutida y donde existe mas divergencia entre las diferentes resoluciones. Así como la nulidad de la cláusula está casi unánimemente aceptada e incluso se ha instado por altos organismos del Estado a su eliminación, las posiciones sobre el carácter retroactivo o no de la sentencia que decreta su nulidad han sido múltiples. Desde las que defienden que la nulidad debe tener eficacia desde el momento en que se contrata el préstamo, las que lo fijan en fecha 9/5/13 cuando dictó el Supremo la famosa sentencia, fecha de reclamación al banco, fecha de interposición de la demanda o fecha de sentencia (en este caso irretroactivo). Entiendo que debe estarse a la primera postura.

La sentencia del Supremo decretó su carácter no irretroactivo en atención a que se trataba de condiciones lícitas, su inclusión responde a razones objetivas, no son cláusulas inusuales o extravagantes, largo tiempo que han sido toleradas; la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información: la finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos o que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

Es en definitiva la conocida como doctrina prospectiva asumida en alguna ocasión por el Tribunal Constitucional donde por consideraciones de seguridad jurídica y a título excepcional se permite que la solución nueva sea aplicada sólo a las situaciones posteriores a la fecha de la sentencia; y no retrotraer su eficacia a actos anteriores evitando así declarar la nulidad de estos. Pero téngase en cuenta que esta doctrina, excepcional por lo demás, la hace el Constitucional cuando actúa como legislador negativo (expulsando una norma por ser inconstitucional) evitando que deban revisarse multitud de actos anteriores cuyo efecto sería mas perjudicial que beneficioso. Sin embargo, en el presente supuesto no se ha producido una expulsión de la cláusula suelo de los contratos de préstamo hipotecario con los consumidores; no se ha decretado la ilicitud de tal cláusula (al contrario se declara expresamente) por lo que se trata de revisar supuestos concretos y no dejar sin efecto una norma de alcance general. Además de ello se ha señalado que se trata de supuestos diferentes, mientras que la STS 9/5/13 examinaba una acción colectiva, ahora se trata de acciones individuales siendo su alcance diferente.

El juez al resolver los conflictos debe de atenerse al sistema de fuentes del derecho siendo la primera de ellas la Ley, mientras que la jurisprudencia no es fuente del derecho sino que complementa el ordenamiento jurídico (art. 1 del Código Civil). Se puede aducir que si hasta ahora se ha seguido la jurisprudencia no es acorde ahora separarse de ella; sin embargo, hay que tener presente que la sentencia del Supremo acoge unos criterios no contenidos en la norma (razones de seguridad y economía) para no aplicar la nulidad

desde la firma del contrato. De esta forma, hasta ahora sigo el sistema de fuentes establecido por el Código Civil (la sentencia del Supremo que lo que hace es aplicar la ley interpretándola que es su función) pero en la no aplicación retroactiva, el juzgador de instancia tiene que elegir entre la ley (art. 1303 CCI) y la jurisprudencia; y el sistema de fuentes en España declara la prioridad absoluta de la Ley.

Pero incluso acudiendo a criterios extralegales aconsejarían su aplicación retroactiva:

.- Si la retroactividad de una demanda colectiva puede ser perjudicial para el orden público económico, es claro que en una acción individual es la economía del particular la que se ve claramente perjudicada pues para el consumidor medio, el dinero que ha abonado de más le puede suponer una cantidad importante mientras que para la entidad bancaria esa cantidad es ínfima. Por tanto, razones de economía aconsejan su carácter retroactivo.

.- La no aplicación del carácter retroactivo de la nulidad beneficia la conducta de las entidades financieras que no eliminan la cláusula suelo estando en su poder hacerlas desaparecer. Como se ha indicado al inicio de este fundamento el carácter nulo de estas cláusulas se ha declarado de forma casi unánime tras la sentencia del Tribunal Supremo, es de conocimiento generalizado que muy pocos préstamos van a cumplir las exigencias contenidas en tal resolución. Sin embargo, las entidades financieras no han procedido a eliminar dichas cláusulas pues mientras que no resulten condenadas se van a ver beneficiadas de un cobro indebido percibiendo mensualmente un interés superior, abocando al consumidor a los gastos procesales y no resultando en nada perjudicado el banco pues hasta la sentencia firme no tendrá que eliminarla. De esta forma pese a la existencia de una condición que sabe nula, el banco sigue percibiendo un interés superior, sí el consumidor no le demanda ahí seguirá la condición; sí le demanda hasta que haya una sentencia firme seguirá también ganando de más sin miedo a que tenga que devolver cantidad alguna. Por tanto, razones de no amparar posiciones abusivas (percepción de dinero que se sabe indebido) aconsejarían también la aplicación retroactiva de la nulidad

En consecuencia, se entiende que ni criterios jurídicos

(fuentes del derecho), ni criterios extrajurídicos implican que no deba tener efectos retroactivos la sentencia o mas exactamente que no deba de aplicarse desde el momento que dispone el Código Civil. El artículo 1303 del Código Civil es claro al disponer que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses... Parece que cuando se habla de aplicación retroactiva de la sentencia se está dando a la misma una eficacia extraordinaria aplicándose a supuestos anteriores, cuando en realidad lo que se está haciendo es aplicar la ley. Si el pacto de interés fijo era nulo por no haber sido consentido por el consumidor (en definitiva es un error en el consentimiento porque no se sabía lo que se estaba firmando), el Código Civil establece que dicha cláusula es como si no hubiera existido y deberá devolverse lo que se percibió en base a ella.

En cuanto a los intereses deberán de abonarse conforme a lo dispuesto en el citado art. 1303 CCi.

SÉPTIMO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de costas. Como se ha indicado a lo largo de esta resolución, la nulidad de la cláusula aparece clara y en base a ello procedería la imposición de las costas; pero es igualmente conocido que respecto de la aplicación retroactiva existen múltiples divergencias por lo que existen fuertes dudas de derecho. Es más, el criterio ahora establecido deberá modificarse en base al que pueda sustentar la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L O

Que estimando la demanda presentada en representación de D. F contra CAIXA BANC S.A., debo: 1/ declarar la nulidad de la estipulación que establece en el contrato del que se

deriva la presente demanda el límite de las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3'75% y cuyo contenido literal "interés nominal mínimo en las revisiones 3'750%. 2/ Condenar a la entidad a la devolución de las cantidades que hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula del acuerdo con las bases que excedan del EURIBOR anual más un punto a determinar en ejecución de sentencia, más los intereses legales.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución, cabe recurso de apelación ante la Iltma Audiencia Provincial de Jaén, debiendo interponerse en el plazo de veinte días, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Para la admisión del recurso deberá al interponerse abonarse las tasas legalmente exigibles.

Por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. magistrado-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.