

S E N T E N C I A N° 191/14

En Jaén a veinticinco de septiembre de 2014.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles n° 517/13, 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. [redacted] y Dª I [redacted] representado por el procurador/a Sr/a. Cuadros Rodríguez, y asistido por el letrado/a Sr/a. García Cerrillo; contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el procurador/a Sr/a Jiménez Cózar, y asistido por el letrado Sr/a. Medina Pinazo;

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por el mencionado procurador se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. [redacted] y I [redacted]

contra BANCO POPULAR ESPAÑOL 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 abusiva por falta de incorporación formal o transparencia, la estipulación 3.3 de la cláusula financiera primera del contrato de 22/7/08 en la que se establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual de un mínimo aplicable del 5% y en consecuencia, se declare nula, acordando su eliminación y manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato. En consecuencia se adopte alguna de las pretensiones de condena alternativa: a) Se condene a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que en concepto de interés han abonado indebidamente y cobrado en exceso a partir del primer periodo de revisión del tipo de interés inicial (enero del año

2009), b) O desde la fecha de reclamación extrajudicial. Todo ello con imposición de costas e intereses.

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 el procurador reseñado en el encabezamiento, oponiéndose a las pretensiones contra el deducidas y solicitando se desestimase la demanda absolviendo del petitum en ella contenida.

III.- Celebrada audiencia previa, se resolvió sobre los defectos procesales alegados en la contestación, ratificándose las partes en sus escritos iniciales, concretando los hechos litigiosos y proponiendo prueba siendo declarada pertinente la siguiente: interrogatorio, testifical y documental. Con posterioridad y conforme a lo resuelto en la audiencia previa, el actor fijó la cantidad adeudada a la fecha de presentación de la demanda en la cantidad de 10.051'12 euros.

IV.- Con fecha de 25/9/14 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.**

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). Hay que considerar 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

**SEGUNDO.- Carácter de condición general.**

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.

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 (tal carácter de condición general la ha recogido la Audiencia Provincial de Jaén igualmente en múltiples resoluciones). 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".

**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.

**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, creando la apariencia de un interés variable el cual no era tal sino hasta un determinado límite, todo ello 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 que la parte actora tuviera con la suficiente antelación de una previa oferta vinculante o del 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. Generalmente dichas ofertas vinculantes (o documentos con similar contenido si bien denominados de otra forma) aparecen unidas a la escritura pública de préstamos hipotecario; a veces sin firma, otras sin fecha, otras veces de la misma fecha que la escritura pública y a veces con fecha anterior a ella.

Ahora bien, dichos documentos no son entregados por el consumidor al Notario, sino que es el banco quien los tiene en su poder y hace la entrega. De esta manera no hay prueba de que al particular se le hubiera entregado realmente dicho documento, y no sea más que otro puesto a la firma en la entidad financiera, y tras ser suscrito haberse retirado junto con la demás documentación que queda en la oficina. 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. Pero además tal

información es especialmente exigible cuando se pactan bonificaciones en el tipo de interés en función de las vinculaciones del cliente con la entidad. En estos casos, las entidades deberían advertir expresamente a sus clientes que si los tipos de interés llegan a descender por debajo de la cláusula suelo, la bonificación derivada de la contratación de tales productos resulta inoperante por no poderse aplicar la misma. Es decir, advertirle que pese a contratar, y pagar, otros productos que se han realizado con la finalidad fundamental de obtener un interés más bajo, dicho objetivo no se va a conseguir.

.- 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”.

**SEXTO.- Retroactividad.**

Es tal vez la cuestión más discutida y donde existe mas divergencia entre las diferentes resoluciones, siendo conocida la doctrina asentada por la Audiencia Provincial en esta materia al entender que los efectos de la nulidad deben de aplicarse desde la fecha del contrato. 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 lo referente a la cuantía se está a la señalada por el actor en su escrito de 5 de mayo. Tal cuantía se fijo al estimar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Ciertamente que no se aporta un dictamen pericial, pero la parte actora acompaña con la demanda los cálculos realizados, desglosando las cantidades abonadas y las que corresponderían de no aplicar la cláusula suelo en base al Euribor (interés que tiene un carácter público y conocido). Frente a tales operaciones que no se acreditan como inexactas, ni basadas en datos erróneos, no se ha articulado prueba en contrario (se había concedido en la audiencia previa plazo de tres días a la demandada para que pudiera proponer prueba sobre tal extremo); de manera que debería acreditar la improcedencia de la cuantía solicitada bien a través de un nuevo cálculo, o bien determinando en qué medida, base u operación se ha equivocado la demandante. No siendo así, debe estarse a la cuantía solicitada.

**SÉPTIMO.- Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas a la parte demandada dada la estimación de la demanda. Las dudas de derecho que pudiera plantear la cuestión están resueltas

a nivel provincial siendo constante la doctrina asentada por la Audiencia Provincial.

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. [redacted] y D<sup>a</sup> J. [redacted] z contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., debo:

.- Declarar la nulidad de la estipulación 3.3 de la cláusula financiera primera del contrato de 22/7/08 en la que se establece un límite a las revisiones del tipo de interés nominal anual de un mínimo aplicable del 5% y en consecuencia, se declare nula, acordando su eliminación y manteniéndose en lo demás la vigencia del contrato.

.- Condenar a la demandada a abonar a los demandantes la cantidad de 10.051'12 euros, más los intereses procesales; así como las cantidades que en aplicación de esta cláusula se abonen desde la fecha de presentación de la demanda y hasta la eliminación de la misma.

.- Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

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/