

S E N T E N C I A N°234/14

En Jaén a veinticinco de noviembre de 2014.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles n° 233/14, 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. Oscar

y Dª Guadalupe I. , representado por el procurador/a Sr/a. Cuadrado Rodríguez, y asistido por el letrado/a Sr/a. García Cerrillo; contra UNICAJA BANCO, representado por el procurador/a Sr/a Moral Carazo, y asistido por el letrado Sr/a. Jiménez Miranda;

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por el mencionado procurador se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. Oscar : y Dª Guadalupe contra UNICAJA BANCO, 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 y/o transparencia la cláusula tercera bis E, del contrato de fecha 7/11/07, suscrito entre las partes y se proceda a su eliminación; en consecuencia se adopte alguna de las pretensiones de condena alternativa que se formulan: a) Se condene a la demandada a restituir las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso por aplicación de la cláusula suelo o B) En caso de imponerse la doctrina del TS desde la sentencia. 2/ Se declare nula por abusiva la cláusula sexta de la meritada escritura relativa al tipo de interés de demora procediendo a su eliminación. 3/ Imposición de costas.

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, ratificándose las partes en sus escritos iniciales, concretando los hechos litigiosos y proponiendo prueba siendo declarada pertinente la siguiente: interrogatorio, testifical y documental.

IV.- Con fecha de 25/11/14 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. En el supuesto de autos la parte actora manifiesta que tal oferta se le entregó con posterioridad a la firma notarial mientras que la demandada mantiene que se entregó antes. Pero aún así, y teniendo en cuenta el documento aportada con la contestación de la demanda, ello no se produjo sino el día de antes de la firma notarial por lo que no se entregó con la antelación suficiente para su estudio por los consumidores.

.- Consta que se hicieron "simulaciones" (así lo manifiesta el demandante) si bien de carácter verbal (así lo manifiesta el director de la oficina). Pero realmente no se trataba de verdaderas simulaciones, pues conforme a la testifical del director de la oficina, lo que se indicaba era lo que iba a pagar conforme al tipo pactado y que subiría y bajaría según oscilara el EURIBOR pero sin ofrecer las cantidades concretas a pagar conforme a esas variaciones y en particular sin indicar que pagaría para el caso de que el EURIBOR fuera inferior al suelo pactado. 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".

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 la demandada dada la conformidad expuesta por la parte actora.

***SÉPTIMO.- Intereses moratorios.**

Desde las normas generales de reciprocidad y justo equilibrio de las prestaciones, el interés moratorio del 25% parece excesivo si se compara con el interés retributivo pactado.

Procede decretar su nulidad recogiendo en este fundamento lo dispuesto por la Audiencia de Madrid en sentencia de 26 de julio de 2013: "El TJUE señaló en sentencia de 14 de marzo de 2013 que el tipo de interés de demora debería ser el adecuado para garantizar los objetivos perseguidos. El interés de demora tiene un componente resarcitorio para el acreedor (en la medida en que el cumplimiento es tardío) pero también goza, como ha señalado la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009), de una importante función sancionatoria, que tiende a desincentivar el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Como referencia podemos considerar que todo lo que supere el interés legal al que se refiere el artículo 1108 del C. Civil, participará precisamente de la condición de sanción.

La Directiva 93/13/CEE considera, en su anexo, que sería abusivo imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Éste es el principio que orienta la redacción del artículo 85.6 del RDL 1/2007 del TRLGDCU, conforme al cual debe ser considerada abusiva una cláusula que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no hubiera cumplido con sus obligaciones. A su vez, el artículo 87.6 del mismo cuerpo legal es contrario a la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Para comprender si existe desproporción podemos tomar en cuenta las referencias más significativas que nos proporciona el propio ordenamiento jurídico, tales como: 1º) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo (que suplió a la Ley 7/1995 y ya contenía una regla similar en su art. 19.4), que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero; 2º) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones

mercantiles, contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos; 3º) la Ley 50/1980 del contrato de seguro contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50 % (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador la gravosísima y excepcional consecuencia de un interés muy similar al que aquí tratamos - 20 % vs. 19%); 4º) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del C. Civil, contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal ; y 5º) los denominados intereses procesales están señalados por ley, en el artículo 576 de la LEC, a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Es cierto que cada norma tiene su propio ámbito de referencia, cada uno de ellos con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan el problema de cómo penalizar proporcionadamente a la contraparte por su incumplimiento. Por otro lado, consideramos que precisamente el caso de las operaciones a las que se refiere la cláusula aquí impugnada, que son préstamos hipotecarios, no debería merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (en concreto, la del derecho real de hipoteca, que afecta la propia finca al pago del préstamo) que en otras relaciones contractuales, significadamente, por ser los más próximos en su finalidad, con relación a los de concesión de crédito a los consumidores sin garantía real, por lo que no se justificaría que los intereses moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio.

Por otro lado, el propio legislador, en la reforma por Ley 1/2013 (tras el precedente que significó el RD 6/2012 que, aunque para un tipo determinado de sujetos en condiciones económicas particularmente delicadas, señalaba la procedencia de establecer como límite la suma al interés remuneratorio de un 2.5 % sobre el capital pendiente del préstamo), ha decidido modificar el artículo 114 de la LH para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero...

La imposición de un interés moratorio del 25% resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización

excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia (para comprender su trascendencia podemos tener en cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75, como mínimo, y el 5,5 %, como máximo). El tipo de interés fijado en la cláusula impugnada ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contempla la cláusula impugnada, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de la cláusula que estamos analizando, pues se inserta en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios.

La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma.

OCTAVO.- 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 sustancial estimación de la demanda; y así se ha estimado la nulidad, el carácter retroactivo de la misma y únicamente varía la cuantía en un importe no elevado e incluso favorable a la parte actora, que además no ha sido fijado a través de una pericial sino ante las dudas y por carga de la prueba se está a lo reflejado por la demandada. 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. Oscar . : y D^a Guadalupe contra UNICAJA BANCO, debo:

.- Declarar la nulidad de la cláusula tercera bis E, del contrato de fecha 7/11/07, suscrito entre las partes y se proceda a su eliminación

.- Condenar a la demandada a restituir la cantidad de 4.247'72 euros

.- Declarar nula por abusiva la cláusula sexta de la meritada escritura relativa al tipo de interés de demora procediendo a su eliminación.

.- 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/

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. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**