

## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

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

### S E N T E N C I A    N° 44/15

En Jaén a cinco de febrero de 2015.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles nº 98/14, 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. [REDACTED] y Dª [REDACTED], representado por el procurador/a Sr/a. Jaraba García, y asistido por el letrado/a Sr/a. Amate Joyanes; contra BBK BANK CAJASUR, representado por el procurador/a Sr/a Méndez Vílchez, y asistido por el letrado Sr/a. Ruiz Aguilar;

### ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Por el mencionado procurador se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. Justo Manuel Valderas González y Dª Mª Teresa Marchal Chica contra BBK BANK CAJASUR, 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 del límite a las revisiones donde se señala que el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 3'250%, ni superar el 12% nominal, contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de 22/6/06, manteniéndose la vigencia del resto del contrato e igualmente se declare la nulidad del límite a las revisiones donde se establece que el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4% nominal anual, ni superar el 10% nominal anual contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 17/3/09,

## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

manteniéndose la vigencia del resto del contrato.2/ Condene al a entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que hubieran podido cobrar en exceso en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases que excedan el deudor anual de euribor más 0'50 puntos en la escritura de 22/6/06 y euribor más 1 punto en la escritura de fecha 17/3/09. 3/ Condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales devengados de conformidad con el art. 1109 CCi. 4/ Condene al pago de las 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, 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.

IV.- Con fecha de 5/2/15 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**

## **NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015**

**JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA**  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

**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

## **NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015**

**JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA**  
**PROCURADOR de los TRIBUNALES**  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

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 parágrafo 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 control de transparencia que debe superar la cláusula limitativa de intereses es doble:

.- Control de inclusión, para determinar si de la información que se facilita y en los términos en los que se facilita cubre las exigencias para su real conocimiento por el prestatario al tiempo de la suscribir el contrato, en el sentido de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

.- Control de transparencia cuando las cláusulas suelo están incorporados a contratos con consumidores. Debe determinar que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez, la onerosidad que realmente supone para él el contrato celebrado. Y así dice la STS 9/5/2013 afirma que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. Esta circunstancia ha afectado a la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

Y la citada sentencia considera que la cláusulas analizada no es transparente por las siguientes razones: 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

## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

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. 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.**

Pero el rigor exigido por el Tribunal Supremo se ha remarcado con la STS 8/9/14, o más en particular con el voto particular emitido por el Excmo. Sr. Sancho Gargallo. El magistrado se extraña que para un consumidor después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable... que pese a todo ello deba procederse a la nulidad de la cláusula. Pero aún cuando pueda estarse más o menos de acuerdo con tal voto particular, es precisamente ello, un voto particular siendo la doctrina jurisprudencial la contraria, esto es, que pese a la existencia de términos claros, destacados u oferta vinculante procede la nulidad. Por tanto, pese a la existencia de oferta vinculante, términos claros y remarcados procederá la nulidad de la cláusula sino se acredita que el consumidor conocía los efectos reales que dicha cláusula suponía; no se trata de que se cumplan determinados deberes formales sino que se consiga la comprensibilidad real, que

## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

no formal, de manera que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (STS de 26 de mayo de 2014).

Por ello, en el supuesto de autos pese a estar remarcada la cláusula en cuestión (que en este caso no aparece especialmente destacada, aunque tampoco ello elimina su carácter sorprendente dado que otras muchas cláusulas alguna sin trascendencia aparecen igualmente remarcadas, debiendo usarse junto a las cláusulas símbolos que llamen la atención, como una mano roja apuntándola, una calavera o una señal de stop); la posible existencia de oferta vinculante (que no consta entregada) e incluso la lectura por parte del Notario de la totalidad de la escritura (lo que no supone efectivo conocimiento por el consumidor; como indica la STS 8/9/14 no se puede descargar el cumplimiento del deber de transparencia que corresponde al banco en los protocolos notariales); no puede declararse como probado que el prestatario tenía conocimiento del real alcance del límite a la variación y procede decretar la nulidad de la cláusula en cuestión.

Realmente la doctrina asentada por el Supremo supone en la práctica la nulidad generalizada de tales cláusulas pues únicamente en supuestos de consumidores verdaderamente informados (por sus conocimientos propios o por experiencia) o información muy rigurosa por la entidad financiera (fundamentalmente por una simulación previa con relación a la evolución del EURIBOR, no ya de la cuota a pagar tras la firma del préstamo sino con la evolución del índice y en particular para el caso de que entre en juego el suelo que en este caso no se realizó).

### **SEXTO.- Retroactividad.**

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

## **NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015**

**JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA**  
**PROCURADOR de los TRIBUNALES**  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

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 reclamada en la demanda. La parte demandada en su contestación impugna la cuantía, aduciendo que no existe la más mínima garantía, ni aparece certificada por un economista. 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 puede darse por ineficaz por la mera impugnación de la parte demandada; 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**

## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

Que estimando la demanda presentada en representación de D.  y D<sup>a</sup>  contra BBK BANK CAJASUR debo:

.- Declarar la nulidad del límite a las revisiones donde se señala que el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 3'250%, ni superar el 12% nominal, contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de 22/6/06, manteniéndose la vigencia del resto del contrato e igualmente se declare la nulidad del límite a las revisiones donde se establece que el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 4% nominal anual, ni superar el 10% nominal anual contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 17/3/09, manteniéndose la vigencia del resto del contrato.

.- Condenar a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que hubieran podido cobrar en exceso en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases que excedan el deudor anual de euribor más 0'50 puntos en la escritura de 22/6/06 y euribor más 1 punto en la escritura de fecha 17/3/09.

.- Condenar a la entidad demandada al pago de los intereses legales devengados de conformidad con el art. 1101 y siguientes del CCi.

.- 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.



## NOTIFICADO 9 - FEBRERO - 2015

JUAN ANTONIO JARABA GARCÍA  
PROCURADOR de los TRIBUNALES  
TEF. 953 265 953 -- FAX 953 25 80 40  
MOVIL 600530659 -- JUAN@JARABA.NET

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! Marcador no definido.**