

NOTIFICADO 14-MAYO-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

SENTENCIA Nº 201/15

En Jaén a 8 de mayo de 2015.

Vistos y examinados los presentes autos mercantiles nº 478/14, de **juicio ordinario** por Dª Inmaculada Leyva López, juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil y 1ª Instancia número 4 de Jaén y su partido; seguidos a instancia de D. Y Dª. , representados por el procurador de los Tribunales Sr. Jaraba García, y asistidos por el letrado Sr. Amate Joyanes; contra BANCO MARE NOSTRUM representado por la procuradora de los Tribunales Sra. Benítez Garrido y asistido por el letrado Sr Vilella González;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de mayo de 2014, por procurador antes citado, se presentó demanda de juicio ordinario en representación de D. FRANCISCO ZAFRA COLLADO D. FRANCISCO ZAFRA COLLADO Y Dª. JOSEFA COLLADO PERABA solicitando la nulidad de la cláusula suelo. Tras alegar en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso terminó suplicando al Juzgado que 1- se declarara la nulidad del límite a la variación del tipo de interés aplicable contenida en la cláusula primera apartado d) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de junio de 2011, que dice textualmente “ En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

prestataria vendrá obligada a satisfacer los intereses, como mínimo, al tipo del TRES COMA SETECIENTOS CINCUENTA por ciento (3,750 %) nominal anual y, como máximo, al tipo del CATORCE por ciento (14%) nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca. 2- Se condenara a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que hubieran podido cobrar en exceso en virtud de la estipulación declarada nula de acuerdo con las bases que excedan del tipo de referencia anual más 1,500 puntos, concretamente a la cantidad de 2.021,70 euros, tal y como se refleja en el documento nº3 de la demanda, sin perjuicio de las cuotas posteriores que se devenguen desde la fecha de interposición de la demanda hasta la firmeza de la sentencia. 3- se condenare a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable concertado con el demandante, contabilizando el capital que debió ser amortizado, cuya cuantía asciende a 1.077,96 euros a fecha 28 de febrero de 2014, de conformidad con el documento 3 de la demanda, incrementando la cantidad correspondiente desde la fecha de presentación de la demanda, hasta la firmeza de la sentencia más los intereses legales correspondientes. 4- se condenara a la entidad demandada al pago de los intereses legales devengados conforme al artículo 1.109 del C.C y que se cifran en la cantidad de 52,47 euros hasta el 26 de marzo de 2014, según se desprende del documento nº3 y sin perjuicio de los que se devenguen desde la fecha de interposición de la demanda hasta la firmeza de la sentencia. 5- se condenara a la demandada al pago de los intereses conforme al artículo 576 de la LEC, y 6- se condenara a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Por Decreto de 4 de junio de 2014, se admitió a trámite la demanda, y en el mismo se acordó conferir traslado a la parte demandada, emplazando a la misma para que en el plazo de veinte días formulara contestación a la demanda. En dicho plazo, por la procuradora de los Tribunales ya mencionada, en nombre y representación de BANCO MARE NOSTRUM, se presentó escrito de contestación a la demanda, alegando en apoyo de sus pretensiones los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y suplicando a este Juzgado la desestimación de la demanda y en consecuencia la libre absolución de su representado, imponiendo a ésta las costas devengadas del presente proceso.

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa, ésta tuvo lugar el día 10 de febrero de 2015, y a la misma comparecieron ambas partes. Exhortadas a llegar a un acuerdo, éste no se logró, seguidamente el demandado adujo la prescripción de la acción, a la que se negó el actor manifestando que estábamos ante un contrato de tracto sucesivo, pronunciándose sobre este particular el juzgador en el sentido de que no sería hasta sentencia cuando se pronunciaría sobre la prescripción, posteriormente las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, y se fijaron los hechos controvertidos. A continuación las partes propusieron los respectivos medios de prueba. La parte actora propuso la documental y el interrogatorio del demandado, en tanto que el demandado propuso el interrogatorio de los actores y la documental; una vez admitidas las pruebas declaradas pertinentes, que fueron todas las propuestas, se señaló como fecha para la celebración del juicio el día 20 de marzo de 2015.

CUARTO.- En el acto del juicio tuvo lugar la práctica de la prueba admitida en la audiencia previa. A continuación, los letrados de ambas partes manifestaron en trámite de conclusiones lo que estimaron conveniente en defensa de sus pretensiones; quedando posteriormente los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ACCIONES QUE SE EJERCITAN

En el presente supuesto, la parte actora ejercita una acción de nulidad de la condición general impuesta en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre los actores y la entidad financiera BANCO MARE NOSTRUM al entender que al

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

contratar el préstamo hipotecario, la entidad demandada no informó con suficiente claridad de la existencia de una cláusula limitativa del interés, redactada unilateralmente y contenida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de junio de 2011, otorgado ante la notaria D^a M^a Teresa Barea Martínez, en Campillo de Arenas, y que dice textualmente “ En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer los intereses, como mínimo, al tipo del TRES COMA SETECIENTOS CINCUENTA por ciento (3,750 %) nominal anual y, como máximo, al tipo del CATORCE por ciento (14%) nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca”. Así pues ante la ausencia, a su juicio de información respecto a la imposición de la misma, es por lo que solicita la declaración de la nulidad de la misma y la restitución de las cantidades que en ese concepto satisfizo a la demandada, si bien, respecto de éstas últimas en el propio acto del juicio hizo renuncia respecto de las que reclamaba desde 9 de junio de 2011 hasta 9 de mayo de 2013.

Por su parte, BANCO MARE NOSTRUM alegó en primer lugar la prescripción y seguidamente manifestó que en ningún caso la cláusula limitativa del tipo de interés podría considerarse condición general de la contratación ni reunía los requisitos para ser considerada abusiva, no procediendo por ende declarar la nulidad de la misma, ni menos aún la restitución de la cantidad reclamada por los actores.

SEGUNDO.- PRESCRIPCIÓN

Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo debatida, he de referirme a la prescripción de la acción que fue planteada por el demandado. Para ello debe analizarse en primer lugar si la acción que se ejercita se puede calificar como acción de nulidad, esto es que recae sobre defectos insubsanables, en cuyo caso no está sujeta a plazo para su ejercicio, o si por el contrario nos encontramos ante una acción de anulabilidad, en la que el plazo para ejercitarla es de cuatro años. En relación con esta materia, por un lado el artículo 1.261 del C.C dispone que no hay contrato si no concurre consentimiento, en cuyo caso, como también en el caso de consentimiento prestado viciadamente, ello llevaría a la nulidad radical, mientras que por otra parte, el artículo 1.300 del meritado código dispone” Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados,

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". Dependiendo de la naturaleza del vicio de consentimiento nos hallaríamos ante un defecto susceptible de subsanar y por ello anulable a través del ejercicio de la acción de anulabilidad, o de un defecto insubsanable y nulo, diferencia ésta que determinaría también la modificación del plazo para el ejercicio de una u otra acción. Con relación a la acción que aquí se ejercita, lo cierto es que en el caso de una acción similar a la que se ejercita, se pronunció la Audiencia de Barcelona, en Sentencia de 18 de diciembre de 2013 en el sentido de que no se trata de una simple acción de nulidad por vicios en el consentimiento sino que su fundamento se encuentra en el artículo 9.2 LCGC, que determina la nulidad del contrato cuando el defecto de información afecte a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 CC. No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, no resulta adecuado equiparar cualquier vicio de consentimiento con la inexistencia de éste, así pues, solo en los casos en que exista defecto absoluto de consentimiento como ocurriría en caso de simulación absoluta o cuando no llegara a lograrse éste por falta de conformidad entre la oferta y la aceptación, o en caso de error obstativo (divergencia inconsciente entre lo querido y lo manifestado) y en caso de violencia material, podríamos afirmar que estamos ante falta de consentimiento y por ello inexistencia del mismo. Sin embargo, en los demás casos, como en el supuesto presente de falta de información o transparencia, no hablaríamos más que de anulabilidad y por ello el plazo para el ejercicio de esta acción es de cuatro años, de ahí que partiendo de esto debemos tener en cuenta que según el artículo 1.301 del C.C, el tiempo para el ejercicio, empezará a correr, en casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, (como ocurre en el presente supuesto) desde la consumación del contrato, que no debe confundirse con la perfección del contrato, sino que tiene lugar en el momento en que estén cumplidas las prestaciones por ambas partes, así pues, el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (STS 24/6/1987). En el caso del contrato de préstamo hipotecario, éste se perfecciona con el consentimiento de las partes pero siendo de tracto sucesivo no se inicia el cómputo para su anulación sino hasta el vencimiento del último plazo pactado de forma que durante la vida del contrato y cuatro años más, podrán las partes instar su anulabilidad. En términos semejantes se pronuncia la Audiencia Provincial de Granada, en sentencia de 3 de marzo de 2014, que establece, no nos hallamos, además, ante una operación de cumplimiento instantáneo, y por tanto la consumación no se produce hasta el transcurso del plazo

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

por el que se concertó.

Presupuesto lo anterior, cabe afirmar que no es posible estimar la alegación que en torno a la prescripción efectuó el demandado, al no concurrir los requisitos para que esta tenga lugar.

TERCERO.- VALIDEZ DE LA CLÁUSULA.

Antes de comenzar con el estudio pormenorizado del supuesto de hecho objeto de la presente litis, he de referirme a ciertos conceptos de especial relevancia en esta materia. En primer lugar, partiendo del hecho de que en ocasiones, los préstamos hipotecarios contienen pactos de limitación de los intereses, la primera cuestión que puede plantearse es si los mismos han sido impuestos por la entidad bancaria o por el contrario negociados con el consumidor. En este sentido, el art. 3.2 de la Directiva 93/13, establece que *"considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo(STS) de 9 de mayo de 2013, en su párrafo 165 establece que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; no obstante lo anterior, esto no es óbice para admitir la licitud de las mismas, tal como resulta de la STS de 9 de mayo de 2013, donde se dice que *la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al*

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad" (166). De lo anteriormente expuesto ha de deducirse que no cabe admitir en abstracto la ilicitud de tales cláusulas, y así resulta de la STS de 9 de mayo de 2013, que dispone que "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). Si en el seno de los préstamos hipotecarios se pacta una cláusula suelo, concurriendo pleno conocimiento y libertad por parte del contratante, no por ello podemos afirmar que la cláusula en sí misma sea nula, pues dentro de este tipo de contratación tanto cabe pactar un interés fijo elevado como un interés variable y un fijo a la vez, siendo así que el interés fijo es lícito, cualquiera que sea su cuantía, salvo en los casos de usura, y por ende también lo es el pacto en que se fije un interés variable hasta cierto porcentaje y un fijo a partir de dicho porcentaje.

CUARTO.- CARÁCTER DE CONDICIÓN GENERAL.

Respecto a la posibilidad de considerar la cláusula como condición general de la contratación, debemos remitirnos al art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación según el cual: "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 que debe reunir una cláusula para que tenga la consideración de condición general, según recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, son: "a) Contractualidad: Se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) Predisposición: La cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión; c) Imposición: su

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse” (parágrafo 137). Siendo irrelevante: 1) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y 2) Que el adherente sea un profesional o un consumidor (138).

De la lectura de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (153 y ss) resulta que es un hecho notorio y de público conocimiento que en el ámbito de los préstamos hipotecarios, existen cláusulas suelo dirigidas a una gran generalidad de prestatarios, constituyéndose pues como condiciones generales dado que reúnen los requisitos precitados, este carácter también se ha reconocido en diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, entre otras en la de 27 de marzo de 2014.

Presupuesto lo anterior, procede ahora analizar a quién corresponde probar el carácter negociado de las cláusulas, y ante la ausencia de regulación sobre esto en la LCGC, hay que acudir al artículo 82.2 del TRLCU, que dispone que *"el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"*-a tenor del artículo 3.2 de la *Directiva 93/13/CEE* "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"-en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla. (160). Así pues será la entidad financiera la que deba probar que existió negociación individual y consensuada con el cliente pues de otro modo estaríamos ante una condición general de la contratación, al existir una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos (aun cuando no sea a la totalidad), que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

cliente sino impuesta por el banco a modo de “oferta irrevocable”.

QUINTO.- POSIBILIDAD DE CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SUELO.

Partiendo pues de que las cláusulas se consideran condiciones generales de la contratación, corresponde ahora analizar si las mismas, al referirse a un elemento esencial del contrato, son o no susceptibles de control por parte de los Tribunales. En este sentido, la meritada sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 2013, (parágrafo 192 y ss) establece que si bien y de conformidad con la Directiva 93/13, no cabría dicho control, sin embargo en virtud de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2010, concretamente en su apartado 44 se establece que los artículos 4, apartado 2 y 8 de la Directiva, deban interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren al objeto principal del contrato, del mismo modo se reitera en el apartado 49 de la expresada *STJUE de 3 de junio de 2010*, al señalar que por parte de los Estados miembros se podrá adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, aunque se refieran al objeto principal del contrato, y aunque las cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible. Finalmente afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico también han existido pronunciamientos sobre este particular en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de julio de 2013, según la cual, aunque la cláusula se refiera al elemento esencial del contrato, por referirse a parte del precio, sin embargo no será obstáculo para que pueda ser objeto de control por parte de los Tribunales.

SEXTO.- CONTROL DE CLARIDAD O TRANSPARENCIA.

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

.-Por un lado el control de inclusión. Respecto de este y partiendo de la base de que según la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores comprende una serie de actividades (la entrega de folleto informativo, la oferta vinculante, el

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

posible examen de la escritura pública por el prestatario tres días antes del otorgamiento y finalmente la obligación de información que corresponde al notario) supone analizar si la información que se facilita y en los términos en los que se da cubre las exigencias para su real conocimiento por el prestatario al tiempo de la suscribir el contrato, evitando que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

.- Analizado el control de inclusión, cabe ahora examinar el control de transparencia cuando las cláusulas suelo están incorporadas a contratos con consumidores. Según la STS de 9 de mayo de 2013, en ocasiones las cláusulas superan el control de transparencia a efectos de incorporación pero no así el de la claridad exigible, pues a veces la información facilitada por las entidades, es tal que hace que los prestatarios no consideren relevante la cláusula, ya que se centran más en saber la cuota inicial a pagar y por ello la cláusula no se considera como preocupación inmediata de los prestatarios. Así pues a través de este control de transparencia, lo que se pretende es comprobar si el adherente conoce o puede conocer con claridad y sencillez la onerosidad que para él implica el contrato celebrado. La STS 9/5/2013 afirma que las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, sin embargo se constituyen como préstamos a interés mínimo fijo, lo que impiden que puedan beneficiarse de las bajadas que pueda experimentar el tipo de referencia.

Precisamente la citada sentencia enumera una serie de razones por las que las cláusulas en ella analizadas no se consideran transparentes y que son: 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 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.* No obstante esta

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

enumeración, cabe afirmar que de conformidad con el Auto de Aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013, fechado en 3 de Junio de 2.013, las circunstancias enumeradas con anterioridad, son parámetros que deben ser tenidos en cuenta para formar un juicio de valor abstracto referido a las cláusulas analizadas, sin embargo no se constituye como una relación cerrada de circunstancias, que impida cualquier otra ni tampoco supone que la concurrencia de una o alguna de ellas sea determinante sin más de la falta de transparencia de la cláusula.

SÉPTIMO.- SUPUESTO DE AUTOS.

Aplicando lo preceptuado en los fundamentos jurídicos anteriores al supuesto objeto de autos, ha de afirmarse que en el acto del juicio declaró en primer lugar el representante de la entidad BANCO MARENOSTRUM, quien dijo que intervino en la negociación del préstamo, y que necesariamente el mismo debía contener la cláusula limitativa del tipo de interés, y a la pregunta de si hubiera existido la posibilidad de eliminar la cláusula suelo no contesta. Así mismo dijo no saber si las cláusulas se redactaban según un modelo tipo y que sí se hacían simulaciones pero que éstas no constaban en el expediente, que se explicó la oferta vinculante a los actores y que en la notaría se leyó la cláusula. Por su parte, el actor dijo que no recordaban de que lo habían informado, ni siquiera recordaba la cuota que estaba pagando y exhibido el certificado de concesión reconoce su firma. Del mismo modo, D^a Josefa no se acordaba de la negociación y reconoció su firma en el certificado de concesión pero dijo no saber lo que firmaba pero hacerlo en virtud de la confianza que tenía en el bancos. A la vista de la prueba practicada en el plenario, así como de la obrante en autos, he de afirmar que de la declaración de los actores, así como de la lectura de la escritura de préstamo hipotecario, no queda suficientemente claro que los actores conocieran al contratar el préstamo la existencia de la cláusula, ya que al redactarla no se emplea medio alguno para destacar la existencia de ésta, pero es que más aún, por parte de la entidad bancaria no se ha aportado prueba para desvirtuar la pretensión del actor, ya que el empleado del banco no fue capaz de afirmar, al declarar en la vista ,que la cláusula fue negociada entre las partes e incluso guardó silencio, como dije con

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

anterioridad, cuando se le preguntó si hubieran podido eliminar en el concreto contrato la existencia de una cláusula limitativa, afirmando además que en este tipo de préstamos era obligatoria la inclusión de la cláusula, además otro motivo para entender que no hubo negociación es la propia redacción que se emplea en la escritura pues se habla de derecho de la entidad a exigir y obligación del cliente de aceptar, así pues y dado que es al demandado al que de conformidad con el artículo 82.2 del TRLCU, le corresponde probar que había existido negociación para pactar los límites de los intereses, y ante la ausencia de prueba alguna de ello, es por lo que podemos afirmar que estamos ante una condición general de la contratación, pues la cláusula impuesta no fue negociada individualmente entre la entidad demandada y el demandante, ahora bien no por ello puede declararse la nulidad de la misma per se, sin embargo, si avanzamos en el estudio, comprobamos que respecto del control de la misma, la cláusula objeto de análisis, ni pasa en principio el control de inclusión, pues no consta ni que le diera al actor por parte de la entidad el examen previo de la escritura pública, ni la información a que está obligado el notario, y pese a existir certificado de concesión que es equivalente a la oferta vinculante, resulta llamativo que la fecha de este coincide con la del otorgamiento de escritura, lo cual supone que no se firmó con antelación al otorgamiento de ésta, pero es que aun superando este control, de la prueba obrante no puede llegarse a la convicción de que los actores, antes de la conclusión del contrato tuvieran la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa, ya que como señalé con anterioridad, ignoraban de la existencia de la misma, y además no conocían el alcance y la significación que la existencia de ésta tenía en relación al precio del préstamo, y estaban en la idea de que contrataban un préstamo a interés variable cuando en realidad éste contenía un mínimo fijo, es por ello que su consentimiento estaba viciado así pues y por todo lo anterior no procede sino declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés que se había impuesto al actor.

OCTAVO .- RETROACTIVIDAD

Una vez declarada la nulidad de la cláusula suelo, procede ahora pronunciarse

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

sobre los efectos de la misma. En este sentido, el artículo 1.303 del C.C establece: “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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.” Dicho esto y en cuanto al momento en que se producen los efectos de la nulidad, en relación con las acciones individuales, como la que es objeto del presente pleito, se ha pronunciado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015, que aludiendo a la sentencia dictada por el meritado tribunal el 9 de mayo de 2015, con relación a la acción colectiva en aquel entonces ejercitada, viene a decir “que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por aquella sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato”. Por su parte, en el fundamento décimo se dice “si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada”

Y tal retroactividad a dicha fecha de la nulidad, aclara la sentencia, se extiende no sólo a los litigantes (en este caso la entidad BBVA) sino “se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia”.

Presupuesto lo anterior, cabe afirmar que a la luz de la sentencia dictada por el TS, el 25 de marzo de 2015, la cuantía que en concepto de devolución de cantidades

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

cobradas indebidamente ha de satisfacer la entidad bancaria, es la que se determine en ejecución de sentencia de conformidad con lo pactado en la escritura de préstamo hipotecario sin la aplicación de la cláusula de limitación ahora declarada nula. Teniendo en cuenta que la cantidad que la entidad ha de devolver es la que se abonó de más desde la cuota de mayo de 2013 y hasta la efectiva eliminación de la cláusula cuya nulidad se declara, e incrementada esta cantidad con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

NOVENO.- COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer expresa imposición de las costas dadas las dudas de derecho que ha suscitado la cuestión

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

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador de los Tribunales Sr. Jaraba García en nombre y representación de D.
 Y D^a. contra BANCO MARE
NOSTRUM

Debo declarar y declaro la nulidad del límite a la variación del tipo de interés aplicable contenida en la cláusula primera apartado d) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de junio de 2011, que dice textualmente “ En cualquier caso, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer los intereses, como mínimo, al tipo del TRES COMA SETECIENTOS CINCUENTA por ciento (3,750 %) nominal anual y, como máximo, al tipo del CATORCE por ciento (14%) nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca.

NOTIFICADO 14-MAYO-2015

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

Debo condenar y condeno a la entidad demandada a la devolución de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases señaladas en la fundamentación jurídica de esta resolución.

No procede expresa imposición de costas.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución, cabe recurso de apelación ante la Itma Audiencia Provincial de Jaén, debiendo interponerse en el plazo de veinte días, con la debida expresión de las alegaciones en que se base la impugnación, la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Al interponerse el recurso y para la admisión del mismo, deberán abonarse las tasas legalmente exigibles.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe. ¡Error! Marcador no definido.