ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº2 BIS DE JAEN

Cronista González López, 2
Fax: 953010763. Tel.: 953963043
N.I.G.: 2305042C20170009598
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1704/2017. Negociado: PE
Sobre: Condic. generales contrato financ. garantía real inmob. prestatario pers. física
De:
Procurador/a: Sr/a.
Letrado: Sr/a.
Contra: BANCO MARE NOSTRUM S.A.
Procurador/a:
Letrado:

S E N T E N C I A Nº 151/2019

En Jaén a 13 de marzo de 2019.

Vistos por Dña. Eva Alba Pulido, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del TSJ de Andalucía en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jaén los autos del juicio ordinario 1704/2017 de nulidad contractual y devolución de prestaciones, promovidos por
representado por la Procuradora y asistido por el Letrado Sr. Vale Santos contra Bankia, S.A., representada por el Procurador y asistida por el Letrado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la Procuradora en representación indicada se presentó demanda el día 27 de septiembre de 2017, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado de JUICIO ORDINARIO SOBRE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR NULIDAD CONTRACTUAL, contra el demandado arriba señalado por la que solicitaba:

1. Se declare la nulidad, por abusiva, de cláusula suelo contenida en la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria fechada el 13 de diciembre de 2010, y otorgada ante la Notario del Ilustre Colegio de Andalucía Doña María del Rosario García-Valdecasas bajo el número 1304 de su orden de protocolo, cuyo tenor literal dice:

"En cualquier caso, y a partir de la primera revisión, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo 2,50% nominal anual, y un máximo del 14,00% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca". .

2. Que se condene a la entidad demandada a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales desde el momento en que comenzó a aplicar de forma indebida la meritada cláusula suelo.

3. Subsidiariamente, que se condene a la entidad demandada a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación

de la referida cláusula, con sus intereses legales desde el 9 de mayo de 2013 en adelante.

4. Que se impongan a la mercantil demandada las costas del procedimiento.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha de 9 de marzo de 2018 se emplazó a los demandados para contestar a la misma

Por el Procurador en representación de la entidad Bankia, S.A. mediante escrito, presentado el 9 de abril de 2018 se contestó a la demanda, oponiéndose, solicitando la desestimación de la demanda e imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO. Por decreto se tuvo por presentada y admitida la contestación a la demanda, y se procedió a convocar a las partes para la celebración de la audiencia previa que finalmente tuvo lugar el día 21 de febrero de 2019, concurriendo ambas partes al mismo, debidamente representadas y asistidas. Persistiendo el litigio entre las partes, y tras fijar la cuantía como indeterminada, la parte demandada interpuso recurso de reposición que fue desestimado formulando protesta a efectos de recurso en segunda instancia y se ratificaron en sus respectivos escritos, y propusieron prueba, que siendo documental se admitió y conforme a lo establecido en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. En primer lugar, se ejercita por la actora la acción de nulidad de cláusula suelo de la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 13 de diciembre de 2010.

Se alega por la parte demandada que la claúsula en cuestión es válida y reúne los requisitos de información y transparencia exigidos por la ley y la jurisprudencia.

En relación a la cláusula suelo la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, resolvió los criterios a efectos de valorar la abusividad de la misma.

Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe. El hecho de que 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 ésta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. La cláusula que fija un interés fijo mínimo en un contrato de préstamo puede por tanto ser una cláusula predispuesta, es decir, una condición general de la contratación, siempre y cuando el consumidor no haya podido influir en su redacción o supresión.

La carga de la prueba de que la citada cláusula es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada para una pluralidad de contratos, recae sobre el empresario cuando se trata de contratos con consumidores pues, en estos casos, se aplica la regla establecida en el artículo 82.2 TRLCU que dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".

En todo caso, la imposición de una condición general de la contratación a los consumidores no constituye un hecho contractual ilícito pues, como ya venía a establecer la STS de 18 de junio de 2012, constituye un fenómeno que comporta en la actualidad un modo de contratar que se diferencia de la contratación por negociación, con su régimen y presupuesto causal propio y específico. Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. 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.

El contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 93/13/CEE ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la

idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención--. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

En efecto, en el caso de contratos con consumidores, además del control de incorporación, es dable un control de transparencia como parámetro abstracto de validez de la condición general.

Para dicho control se ha de tener en consideración que son compatibles los criterios interpretativos de la Ley 7/1998 y el marco más general de interpretación de los contratos del Código Civil y, segundo, que la Ley 7/1998 es aplicable a este tipo de cláusulas no obstante su específico régimen sectorial en materia de información -OM 5 de mayo de 1994- pues, como señaló la STS de 2 de marzo de 2011, la finalidad tuitiva que procura al consumidor la citada Orden Ministerial en el ámbito de las funciones específicas del Banco de España, no suponen la exclusión de la Ley 7/98 a este tipo de contratos con consumidores como ley general.

El peculiar control de transparencia en el caso de los contratos con consumidores se integra por uno primero relativo al examen de la información suministrada por la entidad crediticia conforme a la OM de 5 de mayo de 1994, al denominado control de inclusión que garantiza el conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato de la existencia de dicha cláusula y que la misma no es ilegible, oscura o ambigua -art 7 LCGC-, siendo el segundo control de transparencia el relativo a la garantía de que los adherentes conozcan o puedan conocer tanto la carga económica que supone para ellos el contrato celebrado, la onerosidad patrimonial realizada a cambio de la prestación económica del empresario, como la carga jurídica, es decir, al definición de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos del contrato como en la asignación o distribución de riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato.

En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Denominado en la Sentencia como "control de abusividad abstracto"... si no están redactadas de manera clara y comprensible, autoriza el control de abusividad de las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato si no están redactadas de manera clara y comprensible y comprende la exigencia de que la información suministrada por la entidad crediticia permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que

define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como que el consumidor tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

De la prueba practicada y en atención lo ya indicado, queda acreditado que nos hallamos ante una condición general de la contratación así la misma se ubica en una escritura pública de préstamo hipotecario y concretamente se indica dentro de la cláusula relativa al tipo de interés variable. En ningún caso puede entenderse que la cláusula suelo, tal y como está redactada e inserta dentro del apartado dedicado a los intereses ordinarios, no es clara y comprensible, dado que se enmascara dentro de la cláusula de intereses, fijándose un tipo mínimo fijo cuando se ha creado primero la apariencia de que tras la cuantía fija, se establece un tipo de interés variable, estableciéndose finalmente un tipo mínimo del 2,50 % con un máximo a contrapartida de 14%, por lo que en realidad se está contratando un préstamo con interés fijo mínimo muy próximo además al inicial, que hará ilusorias las expectativas de los actores en caso de bajar el tipo de referencia por debajo de aquel. Sin que pueda considerarse que esté destacada al no constar ni siquiera en negrita los tipos de interés, como también lo están el resto de los tipos e índices incluido el tipo fijo inicial, de modo que la cláusula suelo está camuflada sin destacar, sin darle la relevancia que tiene, en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria y confusa.

Por otro lado,no consta ningún tipo de oferta vinculante ni documento informativo firmado por ambas partes (no ha sido aportada por la parte demandada) ni existió simulación con la inclusión de la cláusula suelo, no siendo válida la lectura que en su caso realizó el Notario, es más ni siquiera consta cómo se informó de forma verbal sobre las consecuencias de dicha cláusula.

En definitiva, ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, pues no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 2,50% viene acompañada de cláusula techo que fuera proporcional con el mínimo expuesto, lo que supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, que será pagar el tipo fijo como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquel, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, por lo que tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad, teniendo en cuenta la cualificación de la demandante.

TERCERO. Habiendo decretado la nulidad, la consecuencia es la de restituirse recíprocamente las prestaciones que fueron objeto de contrato. Como mantiene el TS en su sentencia de 17 de junio de 2010 los efectos de la nulidad que se declara se residencian en el art. 1303 CC, que impone que deben restituirse recíprocamente las cosas del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses, sin que al caso le afecten los artículos siguientes. En consecuencia, el precepto define la "restitutio in integrum", con retroacción

"ex tunc" de la situación, es decir, se intenta que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador. De igual forma y siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Jaén, en numerosas sentencias de fecha 25 de septiembre de 2014, 27 de marzo de 2014 entre otras y en atención al interpretación de lo dispuesto en STS de fecha 9 de mayo de 2013, la misma si bien recogía la irretroactividad de la resolución en cuanto a nulidad lo era por cuanto se trataba de una acción colectiva de cesación (que se eliminasen las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos".

Si bien en un principio el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 25 de marzo de 2015 (139/2015) precisa su postura inicial y fija la siguiente doctrina, que refleja en el punto 4 del fallo:

" Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/ 2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/ 2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ".

La citada sentencia , tras exponer cuales fueron los motivos por los que la sentencia de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad, justifica su decisión con los siguientes argumentos:

"(...) 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 .

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 sin que quepa reservar ninguna acción y sin perjuicio de las acciones que en su caso puedan corresponderle por las cantidades anteriores ha dicha fecha.

No obstante, dicho criterio ha sido revocado por la STJCE de fecha 21 de diciembre de 2016 la cual por el contrario manifesta que no cabe limitar dicha retroacción por cuanto la cláusula es nula, siendo así que sus efectos se producen desde el comienzo de su aplicación y en tal sentido desde el comienzo de su aplicación en este caso de fecha 13 de diciembre de 2010 momento al cual se retrotrae según consta de la propia novación y cuando se aplicó la cláusula declarada nula.

CUARTO. En cuanto a los intereses legales y su devengo y en virtud de la actual STS de fecha 19 de diciembre de 2018 se devengarán desde el abono de las cantidades reclamadas de conformidad a lo establecido en el artículo 1101 y 1108 y siguientes del Código Civil y con aplicación de lo establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la estimación de la demanda con condena en costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMAR la demanda presentada por la Procuradora en representación de contra Bankia, S.A. y por ello:

1. Se declara la nulidad, por abusiva, de cláusula suelo contenida en la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria fechada el 13 de diciembre de 2010, y otorgada ante la Notario del Ilustre Colegio de Andalucía Doña María del Rosario García-Valdecasas bajo el número 1304 de su orden de protocolo, cuyo tenor literal dice:

"En cualquier caso, y a partir de la primera revisión, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo 2,50% nominal anual, y un máximo del 14,00% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca". .

2. Se condena a la entidad demandada a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales desde el momento en que comenzó a aplicar de forma indebida la meritada cláusula suelo con los intereses de acuerdo a lo establecido en el fundamento jurídico CUARTO y con imposición de costas a la parte demandada.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndose saber que no es firme y que frente a la misma cabe recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de 20 días a contar desde el siguiente al de su notificación y que deberá interponerse en este Juzgado para su posterior remisión y resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe, en Jaén, a trece de marzo de dos mil diecinueve.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."