

JUZGADO MERCANTIL

NÚMERO 7

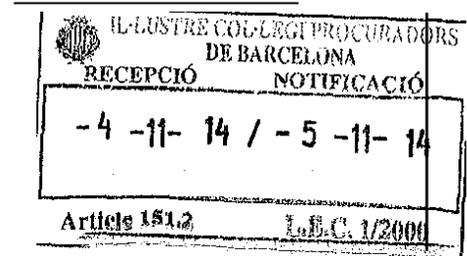
BARCELONA

Procedimiento N° 195/14

RRN PROCURADOR TRIBUNALES
www.procurador-barcelona.net

Mi Ref.: A10523 Ref. Lto.:
Lto.: FERRAN TEVA MONT
Cliente: ANA
Contrario: CAIXA BANK, SA
Autos: Juicio ordinario por cuantía n° 195/2014 E
Jdo: MERCANTIL n° 7 de BARCELONA
NOTIFICADO: 05/11/14

SENTENCIA n° 236-14



En Barcelona a 27 de octubre de dos mil catorce

Vistas por mi, Magistrado titular del Juzgado Mercantil n° 7 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N° 195/14, seguidos a instancia de Dña. Ana representada por D. Raul Rodriguez Nieto y defendida por el Letrado D. Ferran Teva Mont, contra la entidad CAIXABANK S.A. representada por el Procurador y defendida por la Letrada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La parte demandante, representada por. D. Raul Rodriguez Nieto Procurador, fornuló demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK, alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de la llamada "clausula suelo" y se condenase a la demandada a abonar a la dernandante las cantidades que correspondan sin la aplicación de la citada clAusula, mas los intereses legales de esta cantidad y al page de las Costas.

SEGUNDO.- Admitida a tramite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el plaza de veinte dias contestara a la misma par escrito apercibiendole de que, de no hacerlo asi, se declararia su situación procesal de rebeldia; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta Ultima.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el dia 13 de octubre de 2014 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Admitida Unicamente la prueba documental los autos quedaron para sentencia.



CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La parte demandante Dña. Ana relata en la demanda, como hechos jurídicamente relevantes que fundamentan su pretensión, los siguientes:

1. El día 17 de octubre de 2006, la demandante en concepto de prestataria y la entidad CAIXABANK, en concepto de prestamista, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario, subrogación de otro anterior, dentro del cual se hace constar como cláusula del mismo que en ningún caso la revisión del tipo de interés variable podrá ser inferior al 3% nominal anual.

Sobre la base de estos hechos, resumidamente expuestos ejercita una acción por la que pretende que se declare la nulidad de la citada cláusula y se condene a la parte demandada CAIXABANK al pago de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

La parte demandada alega, en síntesis, que la citada cláusula suelo no es una condición general de la contratación sino que forma parte del precio y es la rentabilidad mínima que el banco está dispuesto a obtener por prestar dinero al cliente; que no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC; que es una cláusula reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas estas como derechos y obligaciones de las partes; que, finalmente ni el establecimiento de dicha cláusula fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo del actor.

SEGUNDO.- Hechos probados. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente estipula que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, de tal modo que la parte actora ha de probar normalmente los hechos constitutivos de su pretensión y la parte demandada los extintivos (SSTS de 26 de junio de 1974, 16 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de



1989). En el supuesto enjuiciado han resultado acreditados, como no controvertidos, los hechos alegados por la parte actora expuestos en el fundamento anterior.

TERCERO.- Nulidad de la 'cláusula suelo' .

El RDL 1/2 007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, fija el concepto de consumidor en el artículo 3 al indicar que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En el supuesto de autos no cabe duda de que la demandante actúa fuera del ámbito propio de su actividad profesional .

En la actualidad existen una serie de disposiciones normativas, ya de ámbito estatal ya comunitario, que abordan el fenómeno capital de defensa de los consumidores y usuarios, introduciendo en el ámbito de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil una serie de reglas de carácter imperativo, de necesaria observancia por las partes, y cuya contravención acarrea la nulidad de los pactos que a las mismas se opongan, y que tienen por finalidad última la protección del equilibrio contractual que impone la buena fe, consagrándose así garantías de equidad contractual que limitan el alcance del artículo 1.255 del Código Civil en aras de proteger a la parte débil del contrato .

Dentro de tales contratos concertados con consumidores y usuarios, inicialmente se dictó en el curso del año 1984 la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, ahora Texto Refundido de 2007, que, dado el avance de los tiempos y disposiciones normativas comunitarias, pronto se quedó como un marco general de protección en la materia que hubo de completar a posteriori, dictándose así la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de Contratación, la que vino igualmente a desarrollar el mandato comunitario al respecto contenido en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (con la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de junio de 2010).

El art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su apartado primero que *\\Se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*. Partiendo de este precepto, el concepto de cláusula abusiva se puede centrar en aquella estipulación que no habiéndose negociado individualmente o consentido expresamente, causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato



(artículo 3.1 de la Directiva 93/13), a lo que se precisa añadir que el carácter abusivo de una cláusula se apreciara teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa (artículo 82.3 citado y artículo 4.1 de la Directiva), lo que implica un llamamiento a una interpretación judicial del contrato, al amparo del artículo 1.285 del Código Civil, guiada por los parámetros de la buena fe, atendiendo a las circunstancias concurrentes y en base a criterios sistemáticos, y sin olvidar la **regla interpretativa "contra proferentem" que impide que una cláusula oscura se interprete a favor del predisponente.** En todo caso se considerarán cláusulas abusivas las contempladas en el catálogo sito en el art. 82.4 y desarrollado en los artículos 85 a 90 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

Asimismo se ha de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999, citada en la sentencia de la AP de Madrid de 2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, indicaba que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la mencionada Directiva, que *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.*

Y, sobre todo, en esta materia se ha de atender a la la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, que se dan aquí por reproducidos.

Aplicando tales preceptos y requisitos al presente caso, no cabe duda de que la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo aportado por la parte actora es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco, por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

Finalmente, en orden al cumplimiento de la normativa sectorial citada por la parte demandada, dispone el TS en su FJ 178, "*[1] a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*".

Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, sostiene la parte demandada que no puede entrarse en el control de su abusividad porque se refieren al precio y por tanto, al objeto principal del contrato.



El TS, en sus FJ 184 a 190, analiza de forma pormenorizada esta cuestión y llega a la conclusión, de que las cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable de ahí que si pueda entrarse en el control de abusividad.

El TS distingue en las FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en *si* misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su

encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor -"*[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*" -, y Art. 7 LCGC -"*[n]o quedaran incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]*"-.

De la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio la citada cláusula, leída de forma aislada, es clara y por tanto, cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor "*[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*".

Ahora bien, en palabras del TS (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la detención del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Incluso admitiendo que dicha cláusula se incorporó correctamente, hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba. Y nuevamente, cabe decir que la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, se vuelve oscura al estar "*enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al*



consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato" impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así como la "carga jurídica" del mismo, es decir, "la definición clara de su posición jurídica tanto en las prescripciones o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

De hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218).

Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que el asume o no.

Concluye el TS en su FJ 225:

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- 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 (y los mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO PUPULAR) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre las que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".*

En este caso, concurren tales requisitos en que reside la falta de transparencia pues ha quedado acreditado la falta de información suficiente en el sentido recogido en la



sentencia del Tribunal Supremo, la ausencia de simulaciones de escenarios, ausencia de información comparativa y en cambio, consta acreditada su inclusión junta con otras cláusulas que contienen otros datos que diluyen la atención del consumidor, todo ello teniendo presente que es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés.

Se está exigiendo en dicha resolución del TS, acertadamente, un plus de información, algo más que haber informado a los clientes de la mera existencia de la cláusula suelo, dentro, como un más, de las condiciones del contrato. Se exige algo más que la indicación de la mera presencia de la cláusula a través de la oferta vinculante, a través del clausulado del contrato o de su lectura en la firma de la escritura pública por parte del Notario. Se exige una información suficiente, en términos de "sobreinformación", acerca de la naturaleza, del sentido, de la finalidad de la cláusula y en particular de los efectos que podía producir y los riesgos (y beneficios para ambas partes) que con ella se estaba asumiendo, con indicación y simulación de escenarios, de los efectos que podía producir, todo ello con un claro aislamiento de la cláusula en relación con el resto de condiciones del contrato, tal y como indica el TS.

Por ello, en este caso, la presencia de los documentos entregados a la parte demandante antes de la formalización del contrato, como es en particular la preceptiva oferta vinculante no permite, sin más, concluir que se ha cumplido con el deber de transparencia en el sentido exigido por el TS. Tampoco si se parte, como hecho notorio, que se produjo a la lectura de la escritura pública por el Notario.

Finalmente, las posibles conversaciones que en orden a la formalización del contrato pudieran haber tenido los empleados de la entidad bancaria demandada con la parte demandante no pueden ser, en la mayoría de los casos, determinantes en modo alguno del resultado de esta sentencia per cuanto, por un lado, se trata de alegaciones de parte y del interrogatorio testifical de personas vinculadas por una relación laboral con la parte demandada y, por otro lado, de hechos acaecidos hace más de cinco años, todo lo cual, unido al hecho en sí que se pretende acreditar, rebaja la fuerza probatoria de los citados interrogatorios hasta la práctica inutilidad.

CUARTO. Devolución de cantidades

Por último, además de declarar la nulidad de la cláusula suelo, lo que debe fijarse a continuación es qué efectos produce, esto es, si cabe la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de



dicha cláusula por el Art. 1303 CC o bien, aplicando la teoría del *Tribunal Supremo* expuesta en su sentencia de 9 de mayo de 2013, solamente exigir su no aplicación a partir de la fecha de la sentencia sin efectos retroactivos.

Ciertamente, uno de los efectos *que* comporta la declaración de nulidad de una cláusula, es *que* las partes deben restituirse recíprocamente lo *que* hubieran percibido de la otra con sus frutos y el precio con sus intereses por razón de las obligaciones creadas, tal como dispone el Art. 1303 CC. La finalidad de esta regla no es otra " *que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra* " (*STS de 23 junio 2008 y SAP Barcelona de 19 de abril de 2012*). Se trata, como afirma la *STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009*, [...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el *título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti"*. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la *reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida par el adherente* .

Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a *decision judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)*" .

Sin embargo, el *Tribunal Supremo*, en su *sentencia de 9 de mayo de 2013*, con cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, dispone *que dicha retroactividad no hay que aplicarla de forma automática sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias como puede ser el principio de seguridad jurídica y si esta en juego el interés económico general*. Más en concreto, las razones que esgrime el *Tribunal Supremo* para no aplicar a la nulidad de las cláusulas suelo, los efectos retroactivos son:

" a) *Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.*

b) *Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-*.

c) *No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable"*.



d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en las años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

En este caso concurren todos y cada uno de los requisitos que cita Nuestro Alto Tribunal en el FJ 293 de su sentencia para atemperar excepcionalmente los efectos de la nulidad, sin que altere tal conclusión el hecho de que estemos ante un pleito iniciado por una acción individual y no por una acción colectiva. Tales efectos, en particular el previsto en la letra k), lógicamente no se produce en este procedimiento, pero sí con una suma previsible de reclamaciones como esta, si no se sigue el criterio del TS.

La sentencia del TS, hecha pública en la fecha en que se dictó y ampliamente difundida y conocida por todos los afectados, incluidas las partes del presente proceso, supone una resolución alcanzada por el pleno de la Sala Primera con la clara vocación de, ex



art. 1.6 del C.C., cerrar una cuestión como es la devolución de cantidades que, sumando las reclamaciones individuales, puede afectar al orden público económico como se ha indicado.

Pero también supone una resolución con la vocación de resolver de una manera tajante la cuestión de fondo relativa a la nulidad de la cláusula suelo por las razones que más arriba se han expuesto, con una interpretación que pudiera servir no sólo para el pleito que decidía el TS, sino para todos los demás en que se aplique la cláusula suelo por su idéntica configuración en los restantes contratos de préstamo hipotecario celebrados por otras entidades bancarias, como es aquí la demandada.

Por ello, se considera procedente excluir los efectos de la nulidad hasta el momento inicial de celebración del contrato, pero aplicar la facultad moderadora a la que se refiere el TS, que como mínima debe permitir la retroacción de los efectos de la nulidad hasta el mes siguiente al que fue dictada la sentencia (junio de 2013).

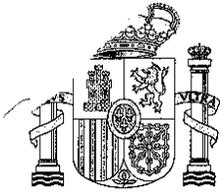
Finalmente, esta interpretación se considera que no genera un trastorno grave para el orden público económico, tal y como señala la STS citada, *ratio* en que se entiende que nuestro alto tribunal apoya la excepcional interpretación que realiza acerca de los efectos de la nulidad contractual.

QUINTO.- Costas.- La demanda ha resultado estimada sustancialmente. La no retroacción de los efectos de la nulidad de forma plena supone una interpretación excepcional del art. 1.303 del C.C. que no debe pechar sobre la parte que ha cumplido su contrato y no ha sido causante de la nulidad. Por ello se considera procedente imponer las costas a la parte demandada en aplicación de lo previsto en el párrafo primero del art. 394.

Vistas los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

ESTIMO parcialmente la demanda formulada por D. Raul Rodriguez Nieto, en nombre y representación de Dña. Ana, DECLARO la nulidad de la cláusula definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución y CONDENO a CAIXABANK S.A. a que abone a la demandante la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde el mes siguiente a mayo de 2013. Se hace imposición de las costas procesales causadas a la parte demandada.



Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.