

Juzgado Mercantil 3 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111
Barcelona Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 820/2013 Sección D2

Parte demandante Jeronimo y Marta
Procurador RAUL RODRIGUEZ NIETO
Parte demandada CAIXABANC, SA (ANTES CAJASOL)
Procurador RAMON FEIXÓ FERNÁNDEZ-VEGA

JUZGADO MERCANTIL Nº 3
BARCELONA

Asunto:820/2013D2 (Ordinario)

SENTENCIA

En Barcelona, a diez de junio de dos mil catorce.

Vistos por el Magistrado del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, los presentes autos de juicio incidental seguido con el número 19/2013C5 entre:

Demandante.- Don Jerónimo y doña Marta, domiciliados en Terrassa, calle de Muntanyans; representados por el procurador de los tribunales don Raúl Rodríguez Nieto y asistidos por el Abogado don Ferrán Teva Mont.

Demandada.- La entidad mercantil MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JERÉZ Y SEVILLA (actualmente CAIXABANK S.A.); representada por el procurador de los tribunales don Ramón Feixó Fernández-Vega y asistida por la abogado doña Gemma.

Causa.- Condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 22 de octubre de 2013 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por el procurador de los tribunales Sr. Rodríguez Nieto, en nombre y representación de don Jerónimo y doña Marta; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se condenara a la mercantil MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (CAJA SOL) y se dictara sentencia por la que: 1) Se declarara nula la cláusula de limitación del interés variable y se tuviera por no puesta desde la fecha de formalización del préstamo hipotecario suscrito por las partes el 29 de abril de 2008; 2) Que se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se han cobrado indebidamente en virtud de la cláusula suelo; 3) La condena en costas a la demandada; 4) Subsidiariamente que se condenara a la demandada a destinar la cantidad total que hubiere cobrado indebidamente, en virtud de la cláusula suelo declarada nula, a amortizar el préstamo hipotecario, debiendo la demandada restar dicho importe del capital del préstamo hipotecario pendiente.

Segundo.- Hecha la designa apud acta y solventadas otras cuestiones procesales, por Decreto de 18 de diciembre de 2013 se admitió a trámite la demanda ordenando emplazar a la entidad demandada - actualmente CAIXABANK S.A. - en su domicilio en Barcelona.

Tercero.- Por diligencia de día 2 de enero de 2014 fue emplazada la demandada.

Cuarto.- Por escrito de 13 de enero de 2014 se personó en los autos el procurador de los tribunales Sr. Feixó Fernández Vega, en nombre y representación de CAIXABANK S.A., planteando como cuestión previa la prejudicialidad civil; conferido el correspondiente traslado, el 15 de marzo se dictó auto rechazando la cuestión planteada.

Quinto.- Por escrito de 3 de febrero de 2014 la representación de CAIXABANK S.A. contestó a la demanda, oponiéndose a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda.

Sexto.- Por diligencia de 11 de marzo de 2014 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa señalada para el día 30 de abril de 2014.

Séptimo.- En la fecha señalada para la audiencia previa las partes se ratificaron en sus planteamientos esenciales, concretaron sus pretensiones y propusieron prueba. Fue admitida la prueba propuesta señalando para su práctica el día 22 de mayo de 2014.

Octavo.- Practicada la prueba y oídos los letrados en trámite de conclusiones los autos quedaron conclusos y vistos para sentencia el mismo día 22 de mayo.

Hechos probados

A la vista de la prueba practicada y de conformidad con el artículo 209.2ª de

- 1) Don Jerónimo y doña Marta suscribieron el 29 de abril de 2008 un contrato de compraventa con subrogación y novación de hipoteca con la entidad mercantil MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (CAJA SOL).
- 2) El principal del préstamo ascendía a 219.184'28 euros, el plazo de amortización a 30 años; durante el primer año se pactó un interés remuneratorio fijo del 5'50%; a partir de esa fecha el interés pactado sería de Euribor más un punto.
- 3) En la página 18 de la escritura se incluyó que desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al 4'50% ni superior al 15%.
- 4) Los prestatarios se pusieron en contacto con el servicio de atención al cliente de la demandada en mayo de 2013 con el fin de que la entidad financiera eliminara dicha cláusula del contrato. Su petición no fue atendida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La representación en autos de don Jerónimo y doña Marta solicitaba que se condenara a la mercantil MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (CAJA SOL) y se dictara sentencia por la que: 1) Se declarara nula la cláusula de limitación del interés variable y se tuviera por no puesta desde la fecha de formalización del préstamo hipotecario suscrito por las partes el 29 de abril de 2008; 2) Que se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se han cobrado indebidamente en virtud de la cláusula suelo; 3) La condena en costas a la demandada; 4) Subsidiariamente que se condenara a la demandada a destinar la cantidad total que hubiere cobrado indebidamente, en virtud de la cláusula suelo declarada nula, a amortizar el préstamo hipotecario, debiendo la demandada restar dicho importe del capital del préstamo hipotecario pendiente.
2. La acción que se ejercitaba era la de nulidad al amparo del artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 80 y concordantes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; a dichas acciones acumulaba una acción de reclamación de cantidad por nulidad, solicitando que le fueran reintegradas las cantidades satisfechas a la entidad financiera por la aplicación de dicha cláusula.
3. La demandada plantea la prescripción de la acción de nulidad por haber transcurrido más de 4 años desde la firma de la póliza; considera la demandada que la cláusula suelo es

válida, fue firmada de modo libre, voluntario y consciente por los actores, modificando el tipo de interés pactado en el préstamo en el que se subrogaban, advirtiendo que la cláusula se incorporó al contrato de modo transparente; solicitando en todo caso la aplicación no retroactiva de las consecuencias de la nulidad si la demanda fuera finalmente estimada.

4. El artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece el deber de motivación de las sentencias exigiendo al juez que exprese "los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".

4.1. Conforme al precepto citado deben identificarse los medios de prueba tenidos en cuenta para la determinación de los hechos probados, así como la valoración de esos medios de prueba.

4.2. En el supuesto de autos el relato de hechos probados se construye a partir de la escritura de constitución del préstamo, documento nº 1 de los aportados por la actora, ese documento fue cuestionado en contestación por la demandada por considerarlo incompleto aunque lo cierto es que en la demanda se incorporaba íntegramente y la propia demandada disponía del mismo en sus archivos, en ese documento consta la cláusula cuestionada y las condiciones del contrato. Ha acudido a la vista de juicio un trabajador de la demandada que ha hecho referencia a las circunstancias en las que se firmó el contrato, su declaración permite considerar que los demandantes recibieron una información global sobre las condiciones del contrato, pero no una información detallada respecto de la cláusula cuestionada, sobre la que no se aportan simulaciones de los posibles escenarios de pago en función de las variaciones del Euribor.

5. Alega la parte demandada la prescripción de la acción de nulidad ejercitada por haber transcurrido el plazo de 4 años desde la firma del contrato. El artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece que la acción declarativa de abusividad es imprescriptible. En este punto debe advertirse, como se desarrollará en fundamentos posteriores, que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española en la medida en la que es consecuencia de la Directiva Comunitaria 1993/13 no permite una aplicación mimética de los principios e instituciones del derecho civil, de hecho la directiva no hace referencia a la nulidad de la cláusula sino a su no incorporación.

6. La parte demandada no ha probado en modo alguno ni el cumplimiento del deber de información detallada sobre la cláusula y su alcance, tampoco que se hubiera producido un verdadero proceso de negociación que hubiera permitido a los prestatarios conocer el alcance y significado de la concreta cláusula de referencia y haber negociado de modo individualizado la misma. No cabe duda de que los demandantes recibieron información general sobre las condiciones de la subrogación, pero no hay prueba específica respecto de la concreta cláusula objeto de controversia en estos autos, así como la incidencia de esa cláusula en los compromisos de pago de los demandantes.

7. Correspondía a la parte demandada - proponente de la cláusula - haber acreditado que no se trataba de una verdadera condición general.

7.1. El fundamento nº 165 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 advierte que "a) 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 o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

8. A la hora de resolver la presente Litis no cabe duda de que ha de hacerse referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 - Sentencia 241/2013 -. Ciertamente es que las acciones ejercitadas en dicho pleito eran distintas de las que los demandantes ejercitan en el presente procedimiento - allí una acción colectiva de cesación en defensa de intereses difusos, aquí una acción individual de nulidad -. Por otra parte la entidad financiera demandada en los presentes autos no fue parte en dicho procedimiento.

8.1. Sentado lo anterior lo cierto es que la incidencia de aquella sentencia de 9 de mayo de 2013 es incuestionable en la medida en la que fija doctrina sobre alguna de las cuestiones debatidas en los presentes autos.

8.2. Suelo fijados en el contrato suscrito con el banco es sensiblemente más perjudicial para el consumidor prestatario de lo que era el suelo de las entidades financieras afectadas por la Sentencia de 9 de mayo - allí el suelo estaba fijado sobre el 2'5 ó 2'8%, aquí es el 4'50%.

8.3. La Sentencia del Supremo en su fundamento 203 advierte que ¿Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC¿.

8.4. Por lo tanto cláusulas como la cuestionada en estos autos es válida desde la perspectiva de la incorporación.

9. La cuestión que se debatía en aquellos autos y que afecta al presente procedimiento es la referida a si dicha cláusula - la cláusula suelo - se incorporó de modo transparente.

9.1. El control de transparencia se define entendiendo que debe garantizar que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa, que pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste.

9.2. La STS de 9 de mayo de 2013 establece los parámetros para ese control de transparencia: ¿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 (fundamento 225). En el fallo de esta sentencia se articulan de modo más detallado: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

9.3. El auto de aclaración a dicha Sentencia - de 3 de junio de 2013 - advierte que estas circunstancias referidas ¿No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. 2.2. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado, 13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

9.4. Queda, por lo tanto, examinar si en el supuesto de autos concurren los parámetros de referencia y su incidencia en grado de conocimiento que el consumidor pudiera tener sobre el alcance de la cláusula:

9.5. En el supuesto de autos ha quedado acreditado que los demandados no intervienen en el proceso de negociación de las condiciones.

9.6. La fórmula de subrogación e incorporación de un primer de los préstamo al segundo no aparece detallada en la escritura, no consta la escritura de origen. Todos estos documentos se encuentran dentro del ámbito de disponibilidad de la prueba del proponente.

9.7. En definitiva los demandados no recibieron una información suficiente sobre el alcance e incidencia que la cláusula suelo pudiera tener en el contrato, sin perjuicio de que pudieran haber recibido una información general sobre el contrato y su alcance.

9.8. Concretamente los demandantes no fueron informados de modo transparente que frente a una bajada de tipos de interés - sin duda favorable a los intereses de los consumidores prestatarios -, se mantendría un interés fijo mucho más elevado de lo que le correspondería pagar en caso de aplicarse el Euribor más el diferencial inicialmente pactado.

9.9. Por otro lado los prestatarios no tuvieron a su alcance simulaciones sobre la incidencia de la modificación de tipos de interés en los pagos que debían realizar ni disponían de información sobre la posible evolución de los tipos de interés en orden a la activación de la denominada cláusula suelo.

9.10. En definitiva la cláusula de referencia debía reputarse abusiva por poco transparente. Estimando con ello las pretensiones de los actores en ese punto.

10. Plantean los actores que, como consecuencia de la acción de nulidad, la entidad financiera sea condenada a devolver a los actores las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de una cláusula que a la postre ha sido reputada nula.

10.1. El artículo 1.303 del Código civil determinaría que, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente en las prestaciones afectadas por dicha nulidad.

10.2. Pese a lo establecido en el precepto de referencia lo cierto es que en el presente supuesto entiendo que no debe producirse esa restitución. Esta consideración se realiza más allá de lo que concluye la sentencia de 9 de mayo de 2013 del Tribunal Supremo dado que el supuesto analizado en dichos autos es distinto del presente tanto en cuanto a los sujetos como a la naturaleza de la acción.

10.3. Sin embargo creo que las instituciones civiles vinculadas al Código civil no son de exacta aplicación a supuestos como el presente:

10.4. El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 CEE, sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, no establece la nulidad de las cláusulas abusivas, establece únicamente que los estados miembros establecerán que estas cláusulas no vincularán al consumidor.

10.5. La no vinculación no determina ningún efecto complementario, ni permite establecer la nulidad de la cláusula con el efecto reflejo de la recíproca restitución de prestaciones.

10.6. Esa misma directiva establece en el artículo 6.1 que como norma general el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes con el único efecto de que el consumidor no se verá comprometido por dichas cláusulas.

10.7. En el ordenamiento jurídico español la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en el artículo 8 establece la nulidad de estas cláusulas. En la medida en la que la LCGC responde a la trasposición de la directiva comunitaria de referencia puede y debe afirmarse que la nulidad es la ¿respuesta¿ que el derecho interno da a la exigencia de no vinculación de las cláusulas.

10.8. De hecho el artículo 7 de la normativa española habla de la no incorporación, mientras que el artículo 8 se refiere a la nulidad de las cláusulas.

10.9. El artículo 83 del Texto Refundido establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho. Sin embargo este redactado va más allá de las exigencias de la Directiva comunitaria, que se conforma con la no afectación al consumidor, la no vinculación. - Así se mantiene en la nueva redacción del artículo 83 del TR conforme a la reforma llevada a efecto por la Ley 3/2014: ¿Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas¿. En realidad los efectos que establece - nulidad y supresión del contrato - no son equivalentes dado que la nulidad tiene efectos desde retroactivos, es decir una cláusula nula no despliega efectos y las partes deben reintegrarse en las prestaciones recíprocamente realizadas; mientras que la consideración de que una cláusula se tiene por no puesta despliega sus efectos sólo desde el momento en el que se produce esa declaración, por lo que desaparecería ese efecto retroactivo.

10.10. Los efectos de la nulidad en el código civil son claros; sin embargo los efectos de la no incorporación con la que se contenta la directiva comunitaria permiten una modulación de efectos en consonancia con la propia directiva.

10.11. Por lo tanto en la medida en la que la cláusula de referencia no es abusiva per sé, por su contenido, sino que debe reputarse abusiva por el modo en el que se incorpora al contrato, modo que infringe el control de transparencia; es razonable defender que la no afectación del consumidor a dicha cláusula no debe tener efecto retroactivo, por lo tanto no debe condenarse a la entidad financiera a satisfacer las cantidades cobradas por aplicación de dicha cláusula.

10.12. Conjugando el texto de la directiva con el de la normativa española es defendible que no todas las declaraciones de abusividad de una cláusula tengan el efecto reflejo de la nulidad de la misma y la recíproca restitución; en algunos supuestos, como el presente, la declaración de nulidad puede configurarse como una no vinculación del consumidor que sería efectiva a partir del momento en el que se declara la abusividad.

11. De conformidad con el artículo 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, firme esta resolución el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

12. En cuanto a las costas, si bien es verdad que se ha rechazado la pretensión de devolución de cantidades, debe entenderse que la estimación de la demanda es sustancial y por ello, conforme al artículo 394 de la LEC, imponer a la parte demandada el pago de las costas del pleito.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando sustancialmente la demanda interpuesta por don Jerónimo y doña Marta se condena a la mercantil MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA, JEREZ Y SEVILLA (CAJA SOL) - actualmente CAIXABANK S.A. - y se declara nula la cláusula de limitación del interés variable, teniéndola por no puesta; desestimando el resto de pretensiones y condenando a la entidad demandada al pago de las costas del procedimiento.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado y formalizarse en el plazo de veinte días desde su notificación.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

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

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de