CEF.-
Revista práctica del Derecho CEFLegal.-

www.civil-mercantil.com

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 6 DE JAÉN
Sentencia 530/2016, de 7 de noviembre de 2016

Rec. n.º 22/2016

SUMARIO:

Hipoteca inmobiliaria. Préstamo bancario. Clausulas suelo. Nulidad. Prestatario no consumidor. Es nula una *cláusula suelo* si la entidad financiera no puede probar que la hipoteca ha sido negociada y que las condiciones no estaban predispuestas por la entidad, aunque se trate de un adherente no consumidor, es decir, que se trate de una empresa, ya que es la entidad financiera, al igual que ocurre con los consumidores, quien debe encontrarse en disposición de aportar la prueba que acredite la información y documentación que se entregó a la prestataria, según la regla de la facilidad y disponibilidad de la prueba. La cláusula en cuestión no supera el control de inclusión, porque no expresa con claridad que no se contrata a «un tipo de interés variable, sino a un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo», señalándose que la redacción no es clara, es extensa y utiliza fórmulas de difícil comprensión. Procede declarar la nulidad de las cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Por lo tanto impera el principio de la buena fe frente a las cláusulas abusivas, sea o no consumidor el adherente. En este caso la cláusula origina un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes fijados en el contrato (sobre todo si se observa una fijación de un techo del 16%, muy alejada del suelo del 4%), y afecta al objeto principal del contrato, al precio, frustrando las legítimas expectativas de los prestatarios que lo firman con la convicción de que se trata de un préstamo a interés variable cuando es un préstamo a un interés fijo mínimo, extremo que hubiera sido determinante de la contratación por la parte actora. Por lo expuesto y no cumpliendo la citada cláusula ni el control de inclusión ni tampoco las exigencias de la buena fe en los términos expuestos, procede declarar su nulidad.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.258 y 1.303.
Código de Comercio de 1885, art. 57.
Constitución Española, art. 9.3.
Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 1.1 y 2.
RDLeg. 1/2007 (LGDCU), arts. 3 y 82.1 y 2.
Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 3.2 y 4.2.

PONENTE:

Doña María Teresa Carrasco Montoro.

CEF.-
Revista práctica del Derecho CEFLegal.-

www.civil-mercantil.com

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 Y DE FAMILIA DE JAEN

C/ARQUITECTO BERGES Nº 16 (PALACIO DE JUSTICIA) Fax: 953 31 92 54. Tel.: 953 33 13 83 - 953 33 13 78

N.I.G.: 2305042C20160000048

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 22/2016. Negociado: 1P

Sobre:

De: Luis Enrique ADMINISTRADOR SOLIDARIO DE LA MERCANTIL

A. HERNANDEZ Y ENCISO S.L

Procurador/a: Sr/a. MARIA TERESA BENITEZ GARRIDO Letrado: Sr/a.

Contra: CAJA RURAL DE JAEN

Procurador/a: Sr/a. MARIA VICTORIA MARIN HORTELANO Letrado: Sr/a.

SENTENCIA

En la ciudad de Jaén a siete de noviembre de dos mil dieciséis. Vistos por Doña MARÍA TERESA CARRASCO MONTORO, Magistrada actuando en comisión de servicios en el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Jaén, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 22/2016 entre las partes: como parte actora Don Luis Enrique como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil HERNÁNDEZ ENCISO S.L., representado por la procuradora Doña María Teresa Benítez Garrido y defendida por el letrado Don Álvaro Azcárraga Gonzalo en la demanda y Don Manuel Espinosa Ortiz en el acto del juicio y como parte demandada CAJA RURAL DE JAÉN representada por la procuradora Doña Victoria Marín Hortelano y defendida por el letrado Don Agustín Quílez Rico.

Sirven de base a la presente demanda los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por escrito turnado a este Juzgado la procuradora Doña María Teresa Benítez Garrido en representación de Don Luis Enrique como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil HERNÁNDEZ ENCISO S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra CAJA RURAL DE JAÉN en la que, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que a sus intereses convinieron, solicitó se dictase sentencia en la que:

. Se declarase la nulidad por ser abusiva y por adolecer de falta de transparencia, de la condición general de la contratación, de la cláusula financiera Tercera Bis punto 3 (establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documento número 2 de la demanda) suscrito por el demandante que establece una limitación del tipo de interés aplicable- cláusula suelo- suyo contenido literal es el siguiente:

"No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR al CUATRO POR CIENTO".

. Se condene a la demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio.

. Accesoriamente a la nulidad, se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado a la parte actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses desde el 9 de mayo de 2013, sin perjuicio de ulterior recálculo conforme a la aplicación del artículo 1303 del C-Civil y conforme al informe de la Comisión Europea de fecha 24 de septiembre de 2015 que se aporta a la presente demanda como Documento número 4, realizado a petición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de las consultas formuladas por diversos tribunales españoles acerca de la posible ilegalidad de la limitación a la retroactividad impuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia N.º 139/2015 de 25 de marzo .

. Y condene a la entidad al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Se basa en síntesis la demanda en los siguientes hechos: la parte actora suscribió con la entidad demandada el día 28 de diciembre de 1999 un préstamo hipotecario por un importe de 90.152 euros con un tipo de interés, durante los seis primeros meses del 4,750% y a partir de esa fecha el interés de referencia más 1,500 puntos porcentuales y un plazo de amortización máximo de 21 años y una revisión de periodicidad anual. El contrato se ofreció como un préstamo a interés variable, pero la demandada incluyó en la cláusula financiera tercera bis una limitación del interés a a la baja del 4 por ciento. Sostiene la parte actora que no fue informada de la cláusula suelo que define un elemento esencial del contrato desconociendo su carga económica, que está inserta en el contrato de forma incomprensible y enmascarada entre un abrumadora cantidad de datos que provocan en el consumidor la percepción de que la misma carece de eficacia y supone un elemento insignificante del contrato. Asimismo señala que no existe una limitación al alza equivalente ante la subida del tipo de referencia establecido, que el préstamo a tipo variable es en realidad un préstamo a un interés fijo mínimo y que su aplicación está originando un grave quebranto en las economías de los consumidores. Solicita pues su declaración de nulidad y apela al intento de resolver el asunto de forma amistosa con la demandada previamente a la interposición de la demanda.

Segundo.

Previo requerimiento a la parte para que acreditase su representación en providencia de fecha 15 de enero de 2016, mediante decreto de fecha 12 de febrero de 2016 se admitió a trámite la demanda y se confirió traslado a la parte demandada para que compareciese y la contestase en el plazo de veinte días.

Tercero.

Emplazada la demandada, la procuradora Doña Victoria Marín Hortelano en representación de CAJA RURAL DE JAÉN S.C.C. en fecha 17 de marzo de 2015 compareció y presentó escrito de contestación en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que a sus intereses convinieron, solicitó que se dictase sentencia en la que se desestimase la demanda con expresa imposición en costas a la parte actora.

La parte demandada en su escrito de contestación señala que la demandada es una sociedad mercantil cuyo objeto social es la de empresa de forja y carpintería metálica. El préstamo se concedió como una operación de financiación con la finalidad de comprar un solar al Ayuntamiento de Cabra del Santo Cristo para construir una nave industrial para las Instalaciones de la Actividad Social y compra de maquinaria e instalaciones, de ahí que la parte actora carezca de legitimación activa para interponer la demanda por no tener la condición de consumidora. Señala la demandada que omite la actora que la operación de préstamo fue subvencionada con Fondos FEDER por un importe de 8.361.552 pesetas. También alega la excepción de litispendencia señalando que la asociación ADICAE tiene interpuesto un procedimiento judicial de acción colectiva en todo el territorio nacional en el Juzgado Mercantil número 11 de Madrid, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 222.3 de la LECn la resolución que se dicte en dicho procedimiento afecta a todas las acciones individuales, incluida la presente. Respecto de la acción ejercitada sostiene que la cláusula consta de forma indubitada, que el actor no goza de la condición de consumidor, que conocía perfectamente la citada cláusula y sus efectos y consecuencias, que el Notario hizo constar la existencia de la misma entre sus advertencias y que la cláusula supera el doble control de inclusión y transparencia. Insiste la demandada en que la cláusula no es abusiva porque fue negociada entre las partes, porque no es contraria a la buena fe ya que se suscribió siguiendo un iter negocial caracterizado por su transparencia y porque no causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del prestamista y prestatario porque tras la perfección del contrato la obligación fundamental de la devolución del principal y la remuneración pactada la asume el prestatario y porque la misma sólo incide en el mayor o menor precio del contrato de préstamo. Finalmente señala que en el caso de declararse la nulidad de la misma no procedería decretar la retroactividad de los efectos económicos sino desde el 9 de mayo de 2013 de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo. Para terminar invoca la parte la doctrina de los actos propios considerando que la parte acude al auxilio judicial para solicitar la nulidad de determinadas cláusulas yendo contra sus propios actos y contra el principio general de buena fe.

Cuarto.

Mediante decreto de fecha 8 de abril de 2016 se tuvo por personada a la procuradora Doña María Victoria Marín Hortelano en nombre y representación de CAJA RURAL DE JAÉN y por contestada la demanda en tiempo y forma, señalando como fecha para la celebración de la audiencia previa el 9 de junio de 2016 a las 11,45 horas.

Quinto.

Celebrada la audiencia previa en la fecha y hora señaladas, y no habiendo llegado las partes a acuerdo, cada una de ellas se afirmó y ratificó en sus respectivos escritos, retirando la parte demandada la excepción de litispendencia. Fijados los hechos controvertidos, se concedió la palabra a cada una de ellas por su orden que se afirmaron y ratificaron en los

respectivos escritos de demanda y contestación, fijaron los hechos objeto de debate y solicitaron el recibimiento del procedimiento a prueba. Recibido el procedimiento a prueba, y propuestas las pruebas, se admitieron señalando para la celebración del juicio el día 5 de octubre de 2016. Celebrado el juicio en la fecha y hora señaladas, y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, previo traslado a las partes, quedaron los autos sobre la mesa de la proveyente para dictar sentencia.

Sexto.

En el presente procedimiento se han observado todas las disposiciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

Ejercita la parte actora en el presente procedimiento una acción para que se declare la nulidad de una condición general impuesta en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre la actora y la entidad CAJA RURAL DE JAÉN por considerar, como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, que la cláusula que establece una limitación a la variación en el tipo de interés a la baja es nula por falta de información porque su representada no fue informada de la misma, la cláusula no fue negociada, se encuentra inserta en el contrato entre una abrumadora cantidad de datos entre lo que aparece enmascarada y establece un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

Frente a ello la parte demandada se opone fundamentalmente argumentando que la actora no goza de la condición de consumidor y que la cláusula no es abusiva porque supera el doble control de transparencia que establece el Tribunal Supremo precisando que fue negociada, que no es contraria a la buena fe y que no causa desequilibrio entre las partes en perjuicio de la actora.

Concretamente las partes firmaron la escritura de préstamo hipotecario el 28 de diciembre de 1999 en la que Caja Rural de Jaén como prestamista concedía a la mercantil actora un préstamo por importe de 15.000.000 de pesetas (90.151,82 euros), cantidades que se dispondrían tras cumplir una serie de condiciones y que sería objeto de disposición según el calendario establecido en la escritura en relación a la construcción de la nave en el solar. Del total importe la parte actora recibía una ayuda comunitaria de Fondos Estructurales de la Unión Europea por importe de 8.361.552 pesetas. El contrato tenía un plazo de duración de 21 años, con un primer año de carencia en el que solo se pagarían intereses, y a partir de entonces un período de amortización de veinte años pagadero mediante doscientas cuarenta cuotas mensuales. La hipoteca señala que el préstamo es variable, con un tipo de interés anual durante el primer año del del 4,75% y a partir de ahí, según reza la cláusula TERCERA BIS B.- un "TIPO DE INTERÉS VARIABLE" (página 18 de la escritura) consistente en añadir un diferencial de 1,50 puntos al tipo de interés e referencia. Tras identificar éste, tres páginas más adelante, a finales de la página 20 y en la página 21, se establece un límite a la variabilidad del tipo de interés al alza y a la baja, del siguiente tenor: "No obstante la variación que aquí se para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR AL CUATRO POR CIENTO."

La mercantil HERNÁNDEZ ENCISO S.L., según la referida escritura, era propietaria de un pedazo de tierra destinado a solar edificable en el Polígono Industrial "el Moralejo" en Cabra del Santo Cristo con una superficie de seiscientos metros cuadrados por compra al

Ayuntamiento de Cabra del Santo Cristo en escritura de 2 noviembre de 1999, finca que procedía a hipotecar con objeto de construir en la misma una nave industrial.

Segundo.

Con carácter previo debe precisarse que las cláusulas suelo no son en si mismas nulas. Por el contrario son válidas, su licitud fue declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 en la que se dice que "256. 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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio". Por lo tanto la cláusula suelo será válida si el consumidor la ha pactado libremente tras conocer el riesgo que asume, pudiendo haberse pactado, como es este el caso, un tipo inicial fijo y después un interés en parte variable (Euríbor más 1,250 puntos) pero en parte fijo pues tiene una limitación a la baja por debajo de la cual no puede bajar el tipo de interés, en este caso un límite mínimo del 4% lo que supone en la práctica un perjuicio si baja el Euríbor.

El apartado 1 del artículo 1 de la LCGC dispone que "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".

Sostiene la STS de 9 de mayo de 2013 "139.- Los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva

-con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico". Se refiere con ello a los supuestos, muy frecuentes en el sector bancario, de contratación en masa en los que no se aplican las reglas de contratación liberales y los contratantes no tienen la misma posición, estableciendo la ley algunas correcciones para poder cohonestar la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado con la defensa de los consumidores y usuarios.

Lo primero que hay que cuestionar en este caso a la vista de las manifestaciones que la parte demandada efectúa en el acto de la vista es si la actora goza de la condición de consumidora y por lo tanto le es aplicable la normativa que protege a los consumidores y usuarios y que invoca en su demanda. Sostiene la parte demandada que el préstamo se solicitó para la construcción de una nave industrial en el desarrollo propio de la actividad mercantil de la actora y que, por lo tanto no goza de la condición de de consumidora.

Es de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la LGDCU según el cual son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. También son consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por lo tanto el acento hay que ponerlo en el destino del importe recibido y en este caso se hipoteca una finca (solar edificable) propiedad de la sociedad, se hipoteca por la sociedad y el destino del importe recibido por la hipoteca es la propia actividad de la mercantil, concretamente la construcción de una nave industrial. Por ello no ofrece ninguna duda que, en este caso no es de aplicación la normativa tuitiva que protege a los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) ni tampoco la jurisprudencia nacional o comunitaria que interpreta las disposiciones vigentes.

En consecuencia debe negarse la condición de consumidor a los prestatarios lo que influirá, como se señalará a continuación y de acuerdo con lo dispuesto en la STS de 3 de junio de 2016 (sentencia 376/2016), en que no sea de aplicación al contrato de préstamo hipotecario el control de transparencia.

Tercero.

No obstante lo expuesto debe analizarse si nos encontramos en realidad ante una condición general de la contratación impuesta por la entidad bancaria a una pluralidad de contratos, o, por el contrario, como sostiene la parte demandada, de un préstamo hipotecario con condiciones negociadas que excluyen el control de abusividad de la misma. Pese a ello debe precisarse que incluso el requisito de la generalidad (o el establecimiento de dicha cláusula en una pluralidad de contratos) ha sido considerado como innecesario por la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque el artículo 82.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios , exige tan sólo que no haya sido negociada individualmente aunque se encuentre en un contrato de adhesión que no tenga un uso generalizado. Y no es óbice a la consideración de condición general de la contratación que el adherente sea un profesional.

En cualquier caso incumbe la carga de la prueba de que la citada cláusula ha sido negociada al profesional que así lo afirme, tal y como prevé el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 traspuesta a la legislación nacional y reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 . En tal sentido se pronuncia la STS de fecha 29 de abril de 2015 (ponente Sr. Sarazá Jimena), en la que se indica: " Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril , y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considereque la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del

profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial" .

Ninguna prueba se ha practicado al respecto a instancias de CAJA RURAL DE JAÉN (documental o testifical) que evidencie que la hipoteca fue negociada, que sus condiciones no fueron predispuestas por la entidad financiera, por lo que la misma debe ser considerada como una condición general de la contratación y el prestatario tiene la condición de adherente todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación , condiciones que son aquellas 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.

Cuarto.

Tratándose de un adherente no consumidor, cabe el control jurisdiccional de la cláusula como señala tanto la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 como la reciente de 6 de junio de 2016, pero lo que no cabe es el llamado control cualificado o control de transparencia que exige que para los consumidores que las cláusulas ofrezcan suficiente información para que el adherente pueda conocer la onerosidad que para él supone el contrato celebrado.

Establece esta última sentencia de 3 de junio de 2016 :

"3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores". Por lo tanto el prisma bajo el que debe analizarse la nulidad o no de la citada cláusula es la buena fe que proclaman tanto el artículo 1258 del Código civil como el artículo 57 del Código de Comercio .

El primer parámetro de control se realiza por vía de su incorporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.5 de la LCGC que señala que "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" y en el artículo 7 de la LCGC que preceptúa que "no quedarán 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". Éste es el llamado control de inclusión que exige la redacción clara y sencilla de las cláusulas en las que se facilite información, de tal modo que las mismas no deben ser ambiguas, ilegibles, oscuras o incomprensibles.

Quinto.

En el caso concreto que nos ocupa, de la documental obrante en las actuaciones consta que en el clausulado del préstamo hipotecario se hace constar en la cláusula TERCERA relativa a los INTERESES ORDINARIOS que "El tipo de interés anual aplicable al préstamo será VARIABLE", y se fija un primer período de un año a un interés fijo del 4,75% y después transcurrido ese periodo la cláusula TERCERA BIS se refiere al TIPO DE INTERES VARIABLE, señalando que transcurrido el primer año el interés será el resultante de "AÑADIR UN DIFERENCIAL FIJO DE UNO COMA CINCUENTA PUNTOS AL TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA y redondeada dicha suma al alza, al más cercano múltiplo de un MEDIO de punto". Esta expresión figura en la página 18 y de nuevo en la página 19 se dice en negrita que al tipo de referencia NO SE LE APLICARÁ AJUSTE O CONVERSIÓN ALGUNA. Hasta este momento por la información que ofrece la escritura se está contratando un préstamo a interés variable, pero después al final de la página 20 y principios de la 21 se hace constar un límite a la variación del tipo de interés aplicable, expresión en negrita y con una redacción un tanto enrevesada se dice que "no obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial (que en realidad no se variación sino que hay un tipo fijo) en ningún caso el interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO NI INFERIOR AL cuatro por ciento", para luego establecer también un "Umbral mínimo de fluctuación y redondeo al tipo de interés aplicable".

En resumen, se dice que el tipo es variable, se pacta un tipo fijo inicial, después se fija un tipo variable consistente en añadir diferencial al referencial, se preveé el redondeo al alza medio punto de la suma del referencial y el diferencial, más tarde, se dice que al referencial no se le aplicará ajuste o conversión alguna, a continuación se establece un límite mínimo y máximo a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo (un techo y un suelo) y se vuelve a decir que el tipo de interés nominal que resulte e la aplicación del tipo o índice de referencia se redondeará al alza al más cercano múltiplo de un medio de punto.

Por cuanto antecede la cláusula no supera el control de inclusión porque no expresa con claridad que en realidad se contrata un interés a tipo fijo mínimo y variable al alza con un techo, que es en realidad la esencia del préstamo. La redacción del clausulado no es clara, ocupa casi cuatro páginas para de forma poco clara expresar cómo se calcula el tipo de interés, utiliza muchas fórmulas (una referencia constante al redondeo) para explicarlo y aún cuando destaca en negrita que el interés es variable no ofrece información suficientemente clara de que es un interés a tipo fijo mínimo y variable por encima de ese suelo.

Por lo tanto la cláusula no se ubica de forma que permita al consumidor comprender que, en realidad, está firmando un préstamo hipotecario con un tipo de interés mínimo fijo, no sólo inicial, sino aplicable durante toda la duración del mismo, de forma que la cláusula no

informa correctamente de que la misma afecta a un elemento esencial del contrato, que es el precio.

Señalado cuanto antecede debe analizarse si la cláusula es contraria al principio de la buena fe que genera una legítima expectativa en el contrato entre las partes y que sirve para modelar el contenido del contrato tal y como dice la sentencia de 3 de junio de 2016 "Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato)" .

Partiendo de dicho principio no consta negociación alguna del contrato en el presente caso. La demandada no ha aportado prueba alguna de la que resulte que la cláusula como sostiene fue negociada o que se ofreció a la parte actora la posibilidad de contratar diferentes productos de la entidad (por ejemplo un tipo fijo) par que pudieran elegir. El empleado de la entidad no ha comparecido a declarar sobre este extremo y así no consta que se le explicaran las condiciones relativas a un elemento tan importante como es el precio con claridad, y que, en especial, se le explicara a la parte actora la existencia de la cláusula suelo y la trascendencia que la misma podía tener de facto en la vida del préstamo si se producía una bajada del Euríbor y más aún cuando aunque en el momento de suscribir el préstamo, en diciembre de 1999 se encontraba en el 3,074 pero durante los años siguientes sube y baja, haciendo en algunos momentos que la cláusula suelo impida que el tipo de interés baje para encontrarse en la actualidad en niveles muy bajos. Concretamente el Euríbor sube en el 2000, desciende ligeramente en el 2001, sube en el 2002, desciende en el 2003, se mantiene en niveles de en torno al 2% en 2004 y 2005 para subir en el 2006, hasta llegar al 3,33% y ascender con fuerza durante el 2007 y 2008 (llega al 5,384% en septiembre de 2008. A partir de entonces comienza a descender, de tal modo que finaliza el año 2008 en 3,452 y en el año 2009 desciende de forma acusada pasando del 2,622 a 1,242, para subir un poco a finales del 2010 y principios del 2011 y mantenerse en tipos mínimos en los años siguientes.

Los argumentos expuestos permiten declarar la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; y 1141/2006, de 15 de noviembre). Por lo tanto impera el principio de la buena fe frente a las cláusulas abusivas, sea o no consumidor el adherente. En este caso la cláusula origina un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes fijados en el contrato (sobre todo si se observa una fijación de un techo del 16%, muy alejada del suelo del 4%), y afecta al objeto principal del contrato, al precio, frustrando las legítimas expectativas de los prestatarios que lo firman con la convicción que un préstamo a interés variable cuando es un préstamo a un interés fijo mínimo, extremo que hubiera sido determinante de la contratación por la parte actora.

Por lo expuesto y no cumpliendo la citada cláusula ni el control de inclusión ni tampoco las exigencias de la buena fe en los términos expuestos, procede declarar su nulidad.

Sexto.

Procede analizar a continuación la cuestión relativa a los efectos de la nulidad conforme al artículo 1303 del código Civil que establece que "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes", lo que exige determinar el momento en que se deben producir los efectos de dicha nulidad.

Sobre esta cuestión la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2015 trata de los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos por parte de los Tribunales, en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013 , como señala el texto de la propia sentencia. En la misma se parte de la clásica regla "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto), lo que supone que declarada la ineficacia de un contrato o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste ello exige "destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos". También señala que es intrascendente para tal efecto que se trate de una acción de cesación individual o colectiva pues "el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida 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". Sin embargo en la misma sentencia se admite la posibilidad de limitar esa retroactividad afirmando que "sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)" , todo ello con cita de normas y resoluciones que así lo ponen de manifiesto, y con especial mención de la afectación del orden público económico, que "no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto".

Partiendo de lo expuesto y tras exponer que la nulidad de las cláusulas suelo, como ya se ha expuesto, deriva no de su ilicitud, pues son lícitas, responden a razones objetivas como el coste del dinero y se han utilizado desde hace mucho tiempo por las entidades bancarias, sino de su falta de transparencia, sostiene, en concordancia con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , que "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".

Por lo tanto, según lo expuesto, la cuantía que debe devolver la entidad bancaria por efecto de tal nulidad es la que se determine en ejecución de sentencia de conformidad con lo pactado en la escritura de préstamo, debiendo estimarse la demanda parcialmente de conformidad con lo dispuesto en la STS de 9 de mayo de 2013 y hasta tanto no se pronuncie el TJUE, dejando para ejecución de sentencia la concreción exacta de la cuantía con la realización de meras operaciones aritméticas teniendo en cuenta los datos del presente procedimiento relativos al importe del préstamo, cuotas, tipo de interés inicial fijo, período de revisión, referencial y diferencial pactado, así como la forma de amortización realizada.

A la cantidad objeto de condena habrá que adicionar las cuotas que se hayan devengado o se devenguen con posterioridad hasta que se deje de aplicar dicha cláusula, así como el pago de los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro.

Séptimo.

En materia de costas, conforme al artículo 394 de la LECn no procede imponer las costas a ninguna de las partes por existir dudas de derecho. Por un lado la demanda se estima en esencia pero no en su totalidad y por argumentos distintos a los expuestos por la parte actora y por otro, como alega la parte demandada parte de la jurisprudencia menor no comparte la tesis expuesta en esta sentencia.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Doña María Teresa Benítez Garrido en nombre y representación de Don Luis Enrique como administrador solidario en nombre y representación de la mercantil HERNÁNDEZ ENCISO S.L. Don frente a CAJA RURAL DE JAÉN representada por la procuradora Doña María Victoria Marín Hortelano:

. Debo declarar y declaro por lo expuesto la nulidad de la cláusula financiera Tercera Bis punto 3 (establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documento número 2 de la demanda) suscrito por el demandante que establece una limitación del tipo de interés aplicable- cláusula suelo- suyo contenido literal es el siguiente:

"No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo no podrá ser superior al DIECISÉIS POR CIENTO ni INFERIOR al CUATRO POR CIENTO".

Debo condenar y condeno a la parte demandada a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo objeto del litigio.

Asimismo debo condenar y condeno a la demandada a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado a la parte actora en virtud de la condición declarada nula y sus intereses desde el 9 de mayo de 2013, a determinar en ejecución de sentencia conforme a lo expuesto en esta resolución desde la cuota del mes de mayo de 2013 hasta la fecha de la efectiva eliminación de la cláusula cuya nulidad se declara en este sentencia, cantidades que se verán incrementadas con los correspondientes intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Todo ello sin hacer expresa imposición en costas a ninguna de las partes. Líbrese testimonio de esta resolución para su unión a los autos principales, llevándose el original al Libro de Sentencias de este Juzgado.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de apelación en el plazo de veinte días siguientes a su notificación, del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén. Para su admisión deberán abonarse las tasas legalmente exigibles.

Así por esta sentencia, la pronuncia, manda y firma, Doña MARÍA TERESA CARRASCO MONTORO, magistrada actuando en comisión de servicios en el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Jaén.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada el mismo día de su fecha. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.