

23 MAYO 2013



AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA
SECCION Nº 3

SENTENCIA Nº 91/13

PRESIDENTE ILMO. SR.
D. FRANCISCO SÁNCHEZ ZAMORANO

MAGISTRADOS, ILMOS. SRES.
D. FELIPE MORENO GÓMEZ
D. JOSÉ Mª MORILLO-VELARDE PÉREZ

JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE
CORDOBA (ANTIGUO INSTANCIA 9)

ROLLO DE APELACIÓN Nº 101/2013

JUICIO VERBAL Nº 266/2010 (M)

En la Ciudad de CORDOBA a veintiuno de mayo de dos mil trece.

La AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA SECCION Nº 3, ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra autos de J. VERBAL 266/2010 seguidos en el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CORDOBA (ANTIGUO INSTANCIA 9) promovidos por el **MINISTERIO FISCAL Y ORGANIZACION NACIONAL DE CONSUMIDORES DE ESPAÑA "CAUSA COMÚN"** representado por el Procurador Sr.

y defendido por el Letrado Sr.

contra **BBK BANK CAJASUR SAU** representado por el

Procurador Sr

y

defendido por el Letrado Sr.

pendientes en esta Sala en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte demandada contra sentencia recaída en autos, siendo Ponente del recurso el Magistrado Ilmo. Sr. Don **PEDRO JOSE VELA TORRES**.



Aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que seguido el juicio por sus trámites se dictó sentencia por el Sr. Juez del **JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CORDOBA (ANTIGUO INSTANCIA 9)** cuyo fallo es como sigue: *QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO parcialmente la demanda formulada por MINISTERIO FISCAL contra BBK BANK CAJASUR S.A. y DEBO DECLARAR LA NULIDAD de la cláusula contenido en los préstamos celebrados por la entidad demandada con el siguiente contenido:*

"Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3 % nominal anual ni superar el 12 % nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos".

Y SE CONDENA a la entidad BBK BANK CAJASUR S.A. a ELIMINAR DICHA CONDICIONES GENERAL DE LA CONTRATACION de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo.

Y SE ORDENA LA PUBLICACION del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento Junto con texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de los de mayor difusión de la provincia DE Córdoba, en ambos casos a cargo de la demandada. Respecto a la publicación en el periódico deberá ocupar al menos una página en caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, en sistema informático Word, y tipo de letra Times New Roman en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia.

Y SE ORDENA LA INSCRIPCION REGISTRAL de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación."

Y AUTO aclaratorio de fecha 11/1/13 cuya PARTE DISPOSITIVA es como sigue: "QUE DEBO COMPLETAR Y RECTIFICAR LA SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 en los términos recogidos en los razonamientos jurídicos de este auto."

SEGUNDO.- Que contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de **BBK BANK CAJASUR SAU** que fue admitido en ambos efectos, oponiéndose al mismo la parte contraria, remitiéndose los autos a

este Tribunal y dándose al recurso la sustanciación que la Ley previene para los de su clase, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución, tras la deliberación y votación de este recurso.

TERCERO.- Que en la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia, ya explícita, ya implícitamente, da cabal respuesta a cada una de las diversas cuestiones que se plantean en la litis y que ahora se reproducen en el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad bancaria BBK BANK CAJASUR SAU, discrepante con la estimación que se hace de la demanda, consistente en acción colectiva de cesación de una condición general de la contratación interpuesta por AUSBANC CONSUMO y el Ministerio Fiscal en solicitud de que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula contenida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con la entidad demandada, cuyo literal es el siguiente: *"Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicaran estos últimos"*. Solicitud que es acogida por el Juzgado de Primera Instancia, con condena de la demandada a la eliminación de dicha condición general de la contratación de las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario, con prohibición de utilizarla en lo sucesivo, amen de la publicación e inscripción del fallo de la sentencia en diario de la Provincia de Córdoba y Boletín Oficial del Registro Mercantil y Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

SEGUNDO.- Contra esta resolución se alza BBK BANK CAJASUR SAU aduciendo siete motivos. En primer lugar, infracción de los requisitos establecidos en la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación para su aplicación en el supuesto



planteado en la demanda, insistiendo en la improcedencia de la acción de nulidad de la cláusula suelo por abusiva; en segundo lugar, que la configuración de la cláusula suelo como parte del precio y, por ende, elemento esencial del contrato impide calificarla como condición general de la contratación; en tercer lugar, falta de concurrencia de los requisitos legales para calificar la cláusula suelo como abusiva (artículo 82 del TRLGCU); en cuarto lugar, error en la apreciación de la falta de proporcionalidad entre las cláusulas suelo y techo; en quinto lugar, infracción del artículo 117 de la Constitución y 1.7 del Código Civil, al excederse el Juzgado en el uso de sus atribuciones al extender el control a cuestiones de índole meramente económica; en sexto lugar, vulneración del principio de congruencia, pues, por un lado, la sentencia no se pronuncia sobre la alegación de que el establecimiento de límites a los tipos es imperativo para las entidades financieras, y, por otro, la falta de respuesta a la incongruencia de la demandada denunciada en la primera instancia, consistente en que, según el argumento de la demanda no es en puridad que la cláusula de mínimo sea abusiva, sino la falta de reciprocidad en el límite al alza, por lo que el suplico de la demanda adolece de incongruencia; y en séptimo lugar, la existencia de una sintonía o conformidad de la cláusula suelo con el informe emitido por el Banco de España.

TERCERO.- Pues bien, todas estas cuestiones han sido ya resueltas por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (como tal generadora de jurisprudencia) con ocasión de resolver un caso similar al de autos, en que se instaba la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en los Hechos Primero, Segundo y Tercero de la demanda allí planteada, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, en concreto, a tenor de las cuatro escrituras de préstamo hipotecario que se aportaban, se establecía, en uno de ellos, y en lo que aquí interesa, lo siguiente "(...) el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual". Igualmente, en otros contratos se consignaba lo siguiente: (...) "en todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el "tipo de interés vigente" en el "período de interés".

Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual. No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15,000 por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3,250 por cien nominal anual (...).

CUARTO.- La íntima conexión de los cuatro primeros motivos del recurso, permiten una respuesta conjunto acudiendo a la respuesta pormenorizada que para cada uno de ellos concede la calendada sentencia. A tal efecto, y siguiendo la doctrina en la misma sentada, hay que decir lo siguiente:

Primero.- En cuanto a la posibilidad de que el tribunal realice un control de las cláusulas abusivas, hay que decir con carácter previo, que en la medida que ello sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, los tribunales deben *“atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso (...) (ajustarse) a la estructura” del recurso. “Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas”.* Razón esta última que, ya se anticipa, servirá para responder en parte a esa falta de congruencia de la sentencia que se denuncia como sexto motivo del recurso.

Segundo.- Hecha esta puntualización previa, aun conviene hacer algunas preliminares precisiones, que sirven para contestar a los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, antes de analizar el carácter abusivo o no de la cláusula arriba transcrita. La primera de estas precisiones, referida al tema de las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. Para ello se ha de acudir a las conclusiones que al respecto establece la calendada sentencia de Pleno, que son las siguientes: *“a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o*



condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial”.

Tercero.- Respecto de la segunda precisión, es decir, en cuanto al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, la tan repetida sentencia de Pleno, concluye lo siguientes: *“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”.*

Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos –añade la sentencia–, *“la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que “comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico”. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que “la calificación como*

contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

Ahora bien, dicho esto, en el caso de autos evidentemente la cláusula discutida ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación, lo que no empece a ello, acudiendo de nuevo a los términos de la sentencia de Pleno, *"la 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" de tal manera que, "no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".*

Cuarto.- En relación con el control de las condiciones sobre el objeto principal de contrato, respecto de que la recurrente BBK BANK CAJASUR SAU hace tanto hincapié en su segundo motivo del recurso, al considerar la configuración de la cláusula suelo como parte del precio y, por ende, elemento esencial del contrato que veda calificarla como condición general de la contratación, de nuevo, acudiendo a las conclusiones que al respecto recoge la tan repetida sentencia, hay que decir, en efecto, *"que las cláusulas suelo examinadas (la de autos es idéntica, añadimos nosotros) constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato", y "que sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio".* Ahora bien, *"que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".*

En cuanto al control de inclusión de las condiciones generales, es preciso advertir, de un lado *"que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor";* y, de otro, 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".*



Y en cuanto al control de transparencia, hay que decir *“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 definición 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”*.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, las conclusiones no pueden ser diferentes a las obtenidas por la calendada sentencia plenaria: La información respecto de la cláusula suelo (*“Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable no podrá ser inferior al 3% nominal anual ni superar el 12% nominal anual. Si al cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultan unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicaran estos últimos”*) es a todas luces insuficiente.

En efecto, si la misma supera el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos de autos, no lo hace en relación al de claridad exigible en las cláusulas –generales o particulares– de los suscritos con consumidores. Y es que lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el informe del Banco de España indica que *“estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”*–, de forma que, en frase afortunada de la sentencia de Pleno, *“el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”*.

Por tanto, insistimos, la cláusula analizada no es plenamente transparente, y ello por cuanto que falta la información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de las misma; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el

momento de contratar; y 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.

De otra parte, en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen la cláusula impugnada –contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse, como recoge la sentencia del Pleno de la Sala 1ª, *“al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España [...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes”* (...). *“Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible –de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia –único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia (lo que es trasladable a la cláusula de autos, añadimos nosotros), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como ‘variable’. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”, según antes resaltamos.*

De lo expuesto, y al efecto de valorar el carácter abusivo de una cláusula que constituya una condición general de la contratación, cabe concluir, a modo de recopilación, que el control abstracto: *“a) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente. b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. Y c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo”.*



Así las cosas, por tanto, cabe concluir con la sentencia de instancia en el carácter abusivo de la cláusula suelo de autos, negada por la recurrente en su primer motivo del recurso.

QUINTO.- La respuesta al quinto motivo del recurso mediante el que se aduce una infracción del artículo 117 de la Constitución y 1.7 del Código Civil, al excederse el Juzgado en el uso de sus atribuciones por extender el control a cuestiones de índole meramente económica, hay que decir, retomando argumentos ya expuestos, que si bien corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta; sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados. Dicho de otro modo, la cláusula tendrá contenido económica, pero ello no empece que el principio de reciprocidad contenido sobre esa base no respete la proporcionalidad de las prestaciones y una eventual situación de abuso en detrimento de la parte más débil del contrato, como ocurre en el caso de autos.

SEXTO.- Como sexto motivo del recurso se aduce vulneración del principio de congruencia, pues, por un lado, la sentencia no se pronuncia sobre la alegación de que el establecimiento de límites a los tipos es imperativo para las entidades financieras, y, por otro, la falta de respuesta a la incongruencia de la demandada denunciada en la primera instancia, consistente en que, según el argumento de la demanda no es en puridad que la cláusula de mínimo sea abusiva, sino la falta de reciprocidad en el límite al alza, por lo que el suplico de la demanda adolece de incongruencia. Pues bien, en el primer aspecto, cualquier falta de respuesta –que no es tal, pues la sentencia de instancia responde a lo que no es sino una cuestión imbricada en el denunciado carácter abusivo de la cláusula– puede ser ahora completada con lo que la propia sentencia de Pleno de la Sala 1ª establece cuando, según antes recogimos, afirma que *“la 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” de tal manera que, “no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis”*. Lo que quiere decir que las

entidades bancarias están facultadas (y obligadas) a imponer topes o límites a los tipos de interés, pero ello siempre que se haga dentro del respecto de las normas de transparencia bancaria, de la debida información al clientes y de los criterios de la buena fe contractual.

Por lo demás, en cuanto al otro aspecto de la incongruencia denunciada, decir que el tribunal sólo podría valorar la que ser refiere a la sentencia más en ningún momento a la falta de incoherencia que la recurrente atribuye a la demanda, cuando la fundamentación jurídica en su conjunto es clara en relación con el petitum de la misma.

SÉPTIMO.- En séptimo lugar, por último, se esgrime la existencia de una sintonía o conformidad de la cláusula suelo con el informe emitido por el Banco de España, motivo que no puede ser estimado, para lo cual basta remitirse a todo lo anteriormente expuesto y a las consideraciones que en relación con dicho informe efectúa la tan citada sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Y es que, en efecto, el Banco de España podrá reconocer la legalidad de las cláusulas suelo y techo, en su consideración formal, como, en efecto, la propia sentencia de instancia lo hace, pero ello no impide que se haga un juicio de valor cuando entre uno y otro tope exista una desproporción evidente que a todas luces convierta en abusiva la cláusula suelo, como ocurre con la de autos.

OCTAVO.- Dada la complejidad de la cuestión y las dudas de hecho y de derecho que ha suscitado la misma, motivando una cuestión similar a la de autos la calendada sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, procede no hacer expresa imposición de costas en esta instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BBK BANK CAJASUR SAU contra la sentencia que en 16 de noviembre de 2013 dictó el Juzgado de lo



Mercantil nº 1 de Córdoba en Juicio Verbal nº 266/10, debemos confirmar como confirmamos meritada resolución sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que el régimen de recursos será el resultante del Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.