

Roj: **SJM GR 2/2015 - ECLI:ES:JMGR:2015:2**Id Cendoj: **18087470012015100002**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Granada**Sección: **1**Fecha: **19/01/2015**Nº de Recurso: **774/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **ENRIQUE SANJUAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE GRANADA .

SENTENCIA.

En Granada a 19 de enero de 2015.

Vistos por mí, Enrique Sanjuán y Muñoz, magistrado actuando en el Juzgado de lo Mercantil 1 de Granada, los autos DEL JUICIO ORDINARIO registrados con el número 774/13 iniciados por D. Olegario Y DOÑA Coral , representados por el procurador Sra. Marina y defendido por el letrado Sr/a. Martinez Muriel contra UNICAJA BANCO S.A.U. , representada por el procurador Sr. Fariza y defendido por el letrado Sr. Almoguera Valencia , vengo a resolver conforme a los siguientes.

El objeto del proceso ha sido condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO : A este juzgado fue turnada demanda en fecha de 27 de septiembre de 2013 en solicitud de sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula fijada como límite a la baja en el contrato que une a las partes y reclamación de cantidades.

SEGUNDO: Admitida a trámite se emplazó a la demandada quien presentó escrito de oposición en fecha de 4 de marzo de 2014. En el acto de Audiencia Previa se desistió de la excepción de litispendencia.

TERCERO : Citados a la Audiencia Previa se celebró en fecha de 12 de enero de 2015 conforme obra en autos fijando como hechos no controvertidos la naturaleza de condición general de la contratación, si bien se dice fue negociada, la condición de **consumidor**, el no estar sujeto a la Orden de 5 de mayo de 1994. Como hechos controvertidos se fijó tanto defectos de incorporación referidos a la colocación de la cláusula con carácter secundario y entre muchos datos, que fija un variable cuando en realidad es un fijo, la transparencia en función de la comprensión jurídico-económica por dicho carácter secundario y colocación e inexistencia de simulaciones u ofrecimiento de otros productos. No es controvertido que se trata de una compraventa con subrogación y novación modificativa en donde se mantuvo la cláusula que se arrastraba anteriormente. SE modifica el diferencial reduciendo el que se refiere a la vivienda. SE alegó abusividad de la cláusula tanto por desequilibrio como por desproporción en relación al techo fijado. Se niega la liquidación aportando una diferente la entidad y el derecho reintegrador de la actora. Se alega mala fe dado el conocimiento de las tendencias que debía tener el banco en dicha fecha.

CUARTO: En el mismo acto de la audiencia previa quedaron los autos conclusos para sentencia al haber admitido solo prueba documental y tras conclusiones de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO : **Sobre la caducidad alegada.**

La demandada alega caducidad en la acción aplicando lo previsto en el artículo 1.301 del Código Civil .



Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC, al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC, "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999)..../... Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr" desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando dice, "en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...". Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó".

Tal doctrina jurisprudencial (conforme a la Sentencia A.P. Valencia 270/2012 de 9 de julio) ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil." Estando vivo por lo tanto el préstamo no podemos entender que la misma se haya producido.

Segundo: Delimitación del objeto del procedimiento.

Se trata de una compraventa, en unidad de acto, con subrogación y novación modificativa de las cuantías e intereses del mismo fechado en 15 de abril de 2008. La cuantía pactada hace que quede fuera de los requisitos previstos en la Orden de 5 de mayo de 1994.

La parte demandada alega esencialmente, en el primer control judicial propuesto, defectos de incorporación referidos a la "colocación" de la cláusula y al carácter secundario que se le da a la misma.

En relación con ello se señala también la falta de comprensión jurídico-económica de la cláusula por quien contrata tanto en relación a la colocación como en cuanto a las simulaciones u otros productos ofrecidos.

Y en conjunto la fijación de un interés que se dice variable cuando, en virtud de las tendencias, ha resultado ser fijo con la imposición del citado mínimo.



Como cuestión de lógica esencial debemos partir del carácter negociado del préstamo en su conjunto (al margen la citada cláusula) puesto que es evidente que las partes tuvieron que reunirse para determinar la cuantía que mediante novación se amplía tanto en relación al garaje como en relación a la vivienda. Es ilógico pensar que dicha ampliación se realiza sin ese periodo precontractual en el que se fijan los criterios cuantitativos de la citada deuda. Y es lógico pensar que la misma se fija también en relación a la capacidad económica de quien contrata el citado préstamo; pues planteada una ampliación del capital la evidencia del mismo por la novación se proyecta en esa capacidad económica que quien recibe y quien da han de aceptar , en ese periodo precontractual, como válida. Y ello incluso en aquellos supuestos en los que un exceso de crédito (desde ambas vertientes activa y pasiva) determine la falta de capacidad de quien debe pagar. Pero no es esto lo que se discute sino el conocimiento (y por tanto comprensión) del impacto que va a tener el citado producto en la economía de quien contrata. En tal sentido la STS de 8 de septiembre de 2014 .

La novación parte igualmente de una modificación de uno de los elementos estructurales del producto en dos apartados: la cuantía y el diferencial (en uno de ellos inferior incluso). Esto hace que esa comprensión se haya extendido también- en relación a lo anterior- al apartado jurídico y por tanto a la importancia del impacto que tendrá el citado elemento (precio) en el sujeto que contrata. Es ilógico pensar que se firme una ampliación con modificación de precio (aumentando cantidad y disminuyendo intereses) con desconocimiento de quien contrata; es más la buena o mala fe en ello conllevaría una actuación (en este caso de buena fe si hipotéticamente fuera así) del prestamista quien unilateralmente habría concedido más cuantía y voluntariamente menos intereses simplemente por voluntad unilateral. Pero como ello es ciertamente inimaginable debemos partir de una situación normal y de un ciudadano medio normalmente informado, perpicaz incluso quien toma una de las decisiones más importantes de su vida: comprar una vivienda que está por encima de sus posibilidades salvo que se realice mediante una operación de deuda a largo plazo respecto de una entidad financiera.

Conlleva por ello que debamos considerar que respecto de dichos elementos el hoy demandante tuvo comprensión jurídico-económica del producto. Es por ello que a estos efectos esas proyecciones o el ofrecimiento de esos otros productos no es estrictamente necesario ni suponen, en su ausencia, un desconocimiento de ese impacto que simplemente (por cualquiera de los medios que cada derecho nacional estime pertinentes conforme a la STJUE de 18 de diciembre de 2014) servirían para acreditar cumplimientos formales y esfuerzos esenciales para lograr ese conocimiento.

Diferente a lo anterior será si específicamente, objeto del contrato, ese impacto y conocimiento lo tuvo en relación a la denominada cláusula suelo que en este caso no viene redactada en negrita, subrayada o reiterada y que se dice se coloca entre un conjunto de datos y circunstancias que determinaron su fijación unilateral por parte de la demandada.

No obstante lo anterior resulta que la citada cláusula se arrastra desde un préstamo inicial a promotor en el que la parte se subroga. Este no será cambiado. A tal efecto hemos señalado que la necesidad de información (que formalmente se podría estructurar desde el cumplimiento sectorial de la Orden de 1994 aunque no le fuere aplicable o las posteriores que se aprueben como la de 2011) sigue existiendo en el prestamista (STS de 9 de mayo de 2013 y STJUN de 18 de diciembre de 2014 en supuestos de **consumidores**. Nuestra legislación (influenciada también en otros supuestos como contratación de productos financieros en la Ley del Mercado de Valores) ha distinguido desde cantidades para sujetarlos a una específica y necesaria formalidad o no. En tal caso la Orden de 1994 se convierte en mera formalidad pero se mantiene la necesidad de informar de dicho impacto al **consumidor** como requisito de incorporación de las citadas cláusulas.

En relación a la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (art. 5 , 7 y 8), la norma exige que esa forma específica de contratar se lleve a cabo de determinada forma; se parte por tanto de una imposición (impuesta y predisuestas, vs. art. 1) unilateral de quien utiliza comúnmente en sus contratos dichas cláusulas al objeto de poder realizarlo de forma seriada o en masa pues de otra forma sería complejo, difícil o imposible. En el presente caso no se puede señalar que la citada cláusula haya sido negociada (no al menos como tal) en tanto viene arrastrada de un préstamo inicial en el que la parte se subroga. De hecho se señala que la misma no se cambia y por tanto o se asume o no se asume. Se trata de una condición general impuesta y predispuesta por el demandado. Dicho sea de paso (y en conocimiento notorio por los diferentes procedimientos que se tramitan en este juzgado) formalmente semejante o idéntica a otros supuestos de la misma entidad.

Cuando el ciudadano (**consumidor** o no) se ve abocado a la aceptación de este tipo de cláusulas, la norma y la jurisprudencia vienen exigiendo que al menos las mismas sean expuestas y explicadas para su comprensión (también jurídica y económica). La articulación de la prueba resulta ciertamente distinta cuando hablamos de un **consumidor** o no por la aplicación de la normativa de **consumidores** y usuarios (vs. art. 82 TRLCU). SE producirá, en el caso del **consumidor**, una inversión de la carga de la prueba de tal forma que corresponderá



a la entidad financiera probar que el ciudadano "comprendió el impacto y por tanto jurídico-económicamente" el producto; no es tanto que se le explique o aclare sino que realmente lo entienda.

Las circunstancias que rodean a estos productos y el tiempo transcurrido hace que el legislador haya querido (y los tribunales interpretado) que, en virtud de esa inversión, se establezcan criterios que definen (indiciariamente) esa comprensión:

Que las cláusulas estén redactadas claramente. Lo que es un grado más en lo previsto en nuestra norma civil a efectos de interpretación de los contratos (art. 1.281 en relación al 1.288 CC .)

Que esa claridad se ponga de manifiesto también de forma transparente en el citado contrato. Se parte de contratos que son complejos de por sí (cuestión esta que se viene alegando como si a estos efectos los mismos pudieran siquiera acercarse a la sencillez cuando se estructuran con cláusulas financieras) y que por tanto la claridad se manifiesta (conforme ha interpretado el Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013 y auto aclaratorio) en una serie de supuestos concretos en cuanto a la colocación de la misma y la voluntad de esconderla entre un conjunto o de mezclarla con elementos que puedan distorsionar su comprensión.

Que el ciudadano firme el contrato con un conocimiento comparativo del mercado en tanto a otros productos que pudieran ser más adecuados a sus intereses o posibilidades. Cuestión esta que lo es en relación a la comprensión y no a cualquier otra que exija necesariamente el cumplimiento de este requisito como formalidad o en relación a adecuar la voluntad manifestada con la voluntad real del individuo pues esto último dependerá de los intereses y estrategias de este mismo a la hora de contratar.

Que se le hagan proyecciones respecto de la evolución previsible del producto contratado en relación a la capacidad de atender al cumplimiento del mismo, a la comprensión de su funcionamiento y -por ello y en particular en relación a la cláusula suelo - al carácter esencial de dicha cláusula en el conjunto del contrato.

Que se cumplan determinados requisitos sectoriales según el producto al que se refiera.

Pero todo ello, en relación a los límites de intereses (como elemento esencial del contrato) lo es en relación a la comprensión jurídico-económica de la citada cláusula en el funcionamiento conjunto de la evolución del producto contratado.

Desde la citada perspectiva el producto contratado y novado define el préstamo hipotecario recogiendo la cláusula Segunda del préstamo original de 28 de abril de 2006. Fija un periodo de carencia y a continuación el tipo de interés, tipo de interés de referencia, tipo sustitutivo y comisiones para una de las fincas. Para la siguiente, e igualmente tras definir la misma, fija el tipo de interés aplicable (en donde se recoge en la misma página el tipo mínimo) tipo de interés de referencia y estipulaciones comunes.

Por lo tanto no podemos compartir que la cláusula esté mal colocada ni que lo sea entre una amalgama o elementos que tiendan a desnaturalizarla.

Y aun tratándose de una compraventa entre el promotor y el demandante, la misma intervención (que en este caso es en unidad de acto) de la entidad financiera conlleva, a los efectos de subrogación, la necesidad de haber informado en su caso de la citada cláusula.

En la octava de las disposiciones de la escritura se recoge la novación que se realiza en ese momento. En ella se recoge una ampliación del importe del capital y a continuación una modificación del tipo de interés. En negrita se recoge que "durante un periodo inicial de 6 meses devengará intereses al tipo del 5,10% nominal anual. El resto de condiciones aplicables al tipo de interés permanecen inalterables".

Cuando se tratan las modificaciones se afecta el capital, que aumenta, y el plazo de pago, que también aumenta. En esa novación se recoge a continuación la modificación del tipo de interés y la cláusula aparece rápidamente en negrita y de la misma forma que se recogía en el anterior.

En dicha modificación se recoge un interés del 5,10% anual durante los primeros seis meses y posteriormente el resultante de agregar al tipo de referencia el 1,10% con un mínimo del 3,5%. La distancia entre uno y otro es mínima y se tratan conjuntamente en la misma cláusula.

Desde ahí no resulta comprensible que quien contrata un producto que ya existe y que a partir de ello amplía el capital y alarga el plazo de amortización, fijando un interés importante en los seis primeros meses y otro posterior más a la baja no haya comprendido (cuando se ha señalado la comprensión del conjunto del funcionamiento del producto) la operatividad mínima de dicha cláusula.

Cuestión diferente es entender que la situación económica variará con el paso del tiempo y lo que en su momento se consideró un interés posible ahora resulte difícil, imposible o comparativamente inaceptable. Pero esta cuestión es más una referencia "rebus sic stantibus" a la comparativa entre la situación anterior y la



situación actual tal y como acertadamente expresa la STS de 30 de junio de 2014 quien viene, sin necesidad de reproducirlo, a distinguir entre el fundamento causal, base del negocio y la asignación contractual del riesgo derivado. Si partimos de ello podemos comprobar como:

La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable para uno de los contratantes. A veces sin distinción de supuestos y a veces por comparación gravosa.

La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

El contraste de la denominada base subjetiva del negocio también lleva a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.

En relación al "riesgo normal del contrato" el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato. Circunstancia esta que evidentemente puede ser contemplada en relación al equilibrio o desequilibrio, proporción o desproporción en dichas coberturas.

Por lo tanto la inicial compraventa con subrogación, la novación modificativa de elementos estructurales que afectan a la cuantía y al propio interés, la fijación de un interés menor, la condición de préstamo no sujeto a normas sectoriales concretas como la Orden de 1994 presuponiendo con ello un mayor conocimiento en quien desplaza o asume esa cantidad de dinero límite de su aplicación, la correcta redacción, colocación y resaltado de la cláusula y su cita hasta en dos ocasiones, nos lleva a desestimar la demanda.

Tercero: Siguiendo los criterios jurisprudenciales tanto del Tribunal supremo como del TJUE el análisis de las condiciones generales de la contratación parte de un primer análisis de los requisitos de incorporación (y transparencia) cuya resolución favorable, cuando se refiere a elementos estructurales del contrato, nos permitirán entrar en el análisis de abusividad pero no en otro caso.

Decae por lo tanto igualmente el resto de los pedimentos.

Cuarto: Procede imposición de costas de conformidad al artículo 394 LEC.

De conformidad a los anteriores.

FALLO.

QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por D. Olegario Y Coral, **representados por el procurador Sra. Marina y defendido por el letrado Sr/a. Martinez Muriel contra UNICAJA BANCO S.A.U.**, representada por el procurador Sr. Fariza y defendido por el letrado Sr. Almoguera Valencia y en consecuencia **debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones del actor con expresa imposición de costas a la demandante.**

Así por esta resolución lo pronuncio, mando y firmo.

MAGISTRADO.

Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de apelación por ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada a presentar en el plazo de 20 días por ante este juzgado previo depósitos, tasas y consignaciones necesarias conforme a la legislación vigente, lo que deberá hacerse en la cuenta de este juzgado. No obstante no serán recurribles las sentencias cuya cuantía no supere los tres mil euros.