

RIMERA INSTANCIA N. 16

MURCIA

SENTENCIA: 00145/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVENIDA DE LA JUSTICIA S/N FASE 2 / C.P. 30011, MURCIA
Teléfono: 968858363, Fax:
Equipo/usuario: PNM
Modelo: N04390

N.I.G.: 30030 42 1 2018 0009172

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000306 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ, ANGEL VICENTE LOPEZ GOMEZ

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA,S.A.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En la ciudad de Murcia, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho.

El Ilmo. Sr. D. José Antonio Guzmán Pérez, Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Murcia, ha visto los presentes autos de juicio ordinario número 306/2018 seguidos entre las partes, de una como demandante, **D/DOÑA** y **D/DOÑA**, representado/a por el/la procurador/a don/doña Carrillo y dirigido/a por el/la letrado/a don/doña Angel Vicente López Gómez, y de otra, como demandada, "**BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA**", representada por el/la procurador/a don/doña y dirigida por el/la letrado/a don/doña, sobre acción individual de nulidad de condiciones generales insertas en



contrato de financiación o préstamo con garantía real concertado por las partes, y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El/la indicado/a procurador/a, en la representación acreditada, presentó escrito de demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado contra la indicada demandada sobre acción individual de nulidad por abusivas de las condiciones generales de contratación sobre gastos, interés de demora y limitación del tipo de interés remuneratorio (cláusula suelo) insertas en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 30 de agosto de 2007 formalizado en escritura otorgada ante la fe del/la notario/a don/doña , con número de protocolo 2832, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado Sentencia en la que se declare la nulidad de las referidas cláusulas con los efectos inherentes a la misma y, en consecuencia, se condene a la demandada a abonar a su representado/a las cantidades satisfechas por los conceptos que indica (gastos de notaría, inscripción en el Registro de la Propiedad, gestoría y tasación) más interés legal y al pago de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para que en el plazo de veinte días contestase la demanda formulada en su contra con los apercibimientos legales.



TERCERO. Emplazada en legal forma la parte demandada se personó por medio del/la indicado/a procurador/a y presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse a la demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se desestime la demanda con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte actora.

CUARTO. Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que ambas partes ratificaron sus respectivos escritos excepto la parte demandante que redujo la cantidad reclamada en 220,12 euros correspondientes a los gastos de Notaría para adecuar su pretensión al Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia constituida en Pleno. Las partes dieron cumplimiento al resto de las previsiones legales y como quiera que la única prueba propuesta y admitida fueron las documentales aportadas a las actuaciones los autos quedaron conclusos para sentencia.

QUINTO. En la tramitación de este juicio se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La demanda tiene su origen en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado por las partes, de una como prestamista, la entidad demandada, y, de otra, como prestatario/a, el/la actor/a, el 30 de agosto de 2007 formalizado en escritura otorgada ante la fe del/la notario/a



don/doña José Javier Escolano Navarro, con número de protocolo 2832.

La parte demandante, como prestatario-consumidor pretende que se declaren nulas tres cláusulas insertas en el contrato. Se trata de la cláusula sobre "gastos", "interés de demora" y "cláusula suelo".

En la primera se atribuye o impone al prestatario el pago de una serie de gastos derivados del contrato suscrito por las partes. En virtud de la misma el prestatario e hipotecante queda obligado a satisfacer por lo general, entre otros, los gastos de tasación del/los inmueble/s; todos los gastos (aranceles notariales y registrales) relativos a la constitución, modificación y cancelación de la hipoteca y los de tramitación para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

La parte demandante finalmente ha reclamado las cantidades desembolsadas a consecuencia de la cláusula sobre gastos adaptando su pretensión a la Sentencia dictada por el Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia publicada después de presentada la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones, a saber, a) Notaría 327,90€; b) Registro 162,12€; c) Gestoría 290,000€; y d) Tasación 550,00€. Total 1.330,03€.

En la segunda se establece que las cantidades vencidas y no satisfechas, devengarán a favor de la entidad prestamista un interés nominal anual de demora del 19%.

La última establece un límite a la baja de la variabilidad del tipo de interés remuneratorio (suelo) del 2,50%.



SEGUNDO. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA SOBRE ACCIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SOBRE GASTOS.

Considera la defensa de la demandada que al tratarse de una cláusula idéntica a la declarada nula en Sentencia del TS de de 23 de diciembre de 2015 se produce la excepción al concurrir las tres identidades a las que se refiere el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a saber, objeto, partes y causa.

El motivo debe decaer toda vez que no es cierto que concurren las tres identidades del artículo 222 desde el momento en el que la cuestión resuelta por el TS fue una acción colectiva en la que no intervino como parte el ahora demandante.

Es más, de producirse el instituto de la cosa juzgada estaríamos no ante un supuesto de cosa juzgada negativa sino positiva del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que este juzgador para resolver sobre la nulidad de la cláusula sobre gastos inserta en el contrato se vería vinculado por lo resuelto por el Tribunal Supremo. En conclusión, de concurrir los efectos de la cosa juzgada material positiva, este juzgador sin más fundamento que la cita de la referida Sentencia y lo resuelto en ella procedería a la estimación de la demanda con la consiguiente declaración de nulidad de la cláusula controvertida y la condena de la parte demandada a abonar a la actora el importe de los gastos desembolsados acreditados.



Siendo ello así sorprende la alegación que efectúa la defensa de la parte demandada sobre los efectos de cosas juzgada ya que siendo ello así no comprende la razón por la se opone a la declaración de nulidad de la cláusula que ya ha sido declarada nula por el Tribunal Supremo. Si lo que considera es que siendo una cláusula idéntica a la ya declarada nula por el Tribunal Supremo y considera acertada la declaración de nulidad lo procesalmente correcto hubiese sido a juicio de este juzgador allanarse a la nulidad y/o esgrimir motivos de oposición para justificar que siendo nula la cláusula inserta en el contrato no debe responder del pago de las cantidades que se le reclaman y las razones de ello que es, precisamente, lo que parece esgrimir cuando hace referencia a los límites del ejercicio de las acciones de nulidad

El motivo debe decaer.

TERCERO. PRESCRIPCIÓN O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR CANTIDADES DESEMBOLSADAS POR GASTOS.

La parte demandada alega como motivo de oposición la caducidad o prescripción de la acción, el cual debe decaer según se expone a continuación.

En este sentido como se desprende de la doctrina del T.J.U.E., por todas sentencias de 21 de diciembre de 2016, la nulidad de una condición general por abusiva supone su expulsión del contrato (art. 6-1 de la Directiva 93/13/CEE), debiendo recuperar los afectados la situación patrimonial que tenían de no haberse aplicado dicha condición nula que son, precisamente, los efectos que propugna o postula el artículo 1303 del Código Civil para la nulidad de pleno derecho de los contratos.



Es cierto que las cantidades que pretende recuperar el consumidor-prestatario por gastos no las cobra o ingresa ni los factura, en consecuencia, el Banco-prestamista, pero también lo es que es quien, precisamente, se beneficia de los pagos realizados por el prestatario (tercero) de unos servicios o actos que, como seguidamente se expondrá, le correspondía abonar a la entidad bancaria. La prestataria obtiene un beneficio, en consecuencia, no como consecuencia de una voluntaria y libre actuación del tercero-consumidor (prestatario), sino a consecuencia de una situación contraria a derecho, como tal ilícita, que ha creado, precisamente, quien se beneficia del pago de lo indebido por el tercero. En conclusión, la inclusión indebida por la entidad bancaria prestamista de una cláusula que a la postre es o ha sido declarada nula de pleno derecho es lo que determina el pago realizado en su beneficio por el consumidor. Luego la única manera de reponer al consumidor a la situación anterior a la declaración de nulidad es recibiendo las cantidades de la persona por cuya cuenta pago. Recupera así el consumidor la indemnidad en su patrimonio (artículo 1158 CCivil).

En conclusión, no estima este juzgador que el pago indebido que beneficia a quien introduce una cláusula nula en el contrato implique el nacimiento de una acción una personal de reclamación de cantidad distinta e independiente de la acción de nulidad de la cláusula, sino que se trata pura y simplemente de reembolsar, que no restituir, al consumidor en las cantidades que abonó indebidamente por culpa de la entidad prestamista o profesional que introduce en el contrato suscrito por las partes una cláusula que finalmente es declarada nula. Se trata de una acción y declaración de nulidad de nulidad de pleno derecho la cláusula en cuya virtud se realiza el pago, de ahí que la reclamación para solicitar



el reembolso no se halle sometida al plazo de prescripción general de las acciones personales e incluso si así fuere de aceptarse esta interpretación, el plazo de quince años tendría que computarse no desde la celebración del contrato o la fecha en la que se realizó el pago indebidamente, sino desde que se produjo la declaración de nulidad de la cláusula en tanto en cuanto esta opera como requisito necesario e ineludible para que se origine la obligación de reembolsar lo indebidamente satisfecho en beneficio de la entidad bancaria-prestamista.

Solo así puede quedar indemne el patrimonio del consumidor y reponerlo a la situación patrimonial que tenían de no haberse aplicado dicha condición nula que es la finalidad que se persigue con la acción de nulidad según reiterada doctrina del TJUE. Solo así y no de otra forma puede explicarse que reiteradamente la jurisprudencia haya declarado que en los supuestos de nulidad de cláusula sobre gastos el interés se devenga a favor del consumidor desde el momento en el que realizó el pago, en atención a lo establecido, precisamente, en el artículo 1.303 del Código Civil al cual no sería aplicable de tratarse de una acción independiente como propugna un sector de la jurisprudencia.

Siendo ello así, la jurisprudencia ha declarado como doctrina unánime que la acción de nulidad de una condición general de contratación, al amparo de los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios y 6 de la directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, lo es de nulidad de pleno derecho habida cuenta que las citadas normas imponen la sanción de nulidad de pleno derecho a las cláusulas que no superen el control de inclusión o que, superándolo, no permitan al consumidor conocer la carga económica y real que



asume con la aceptación de la estipulación y siendo ello así la acción es imprescriptible.

Por lo demás no desconoce este juzgador, sin embargo, que existe doctrina jurisprudencial contraria en el sentido de considerar que la acción de restitución es una acción personal independiente de la acción de nulidad y que, en consecuencia, está sometida al plazo de prescripción de 15 años del artículo 1964 del Código Civil (actualmente 5 años en virtud de la reforma operada en octubre de 2015), la que tampoco sería aplicable ya que como es de ver el contrato se concertó en el mes de agosto de 2007 y fue cancelado en 2009 luego resulta que en ningún caso hubiese vencido el plazo de 15 años a la fecha de la presentación de la demanda.

CUARTO. INEXISTENCIA O CARENCIA DE ACCION.

En el ámbito que no le corresponde (defecto legal en el modo de proponer la demanda) la defensa de la demandada somete a consideración esta cuestión de fondo que no de forma como lo es la inexistencia de acción.

El motivo de oposición debe decaer por lo que seguidamente se dirá ya que este juzgador considera con la posición mayoritaria de la doctrina jurisprudencial que no se produce la extinción de la acción por encontrarse el préstamo cancelado.

En este sentido sin desconocer este juzgador que la jurisprudencia es contradictoria sobre el tema sometido a



consideración considera este juzgado como mayoritaria la anterior doctrina y como aceptable.

A tales efectos se ha de citar la Sentencia 200/2018, de 17 de mayo, de la Sección 5ª de la AP de Oviedo en cuyo FD SEGUNDO declara:

"Esta Sala estima que no se produce la extinción de la acción por encontrarse el **préstamo cancelado**, debiendo recordar que nos encontramos ante una petición de nulidad radical que no prescribe ni caduca; y así la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección Primera, en la sentencia de 12 de enero de 2.018 , en la que se planteó el mismo tema que hoy es objeto el primer motivo de la apelación, señaló, en argumentación que esta Sala comparte, "*Pues bien, la única cuestión planteada en el recurso se refiere a la posibilidad o no de declarar la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y una entidad bancaria, cuando dicho préstamo hipotecario ha sido cancelado, porque el prestatario ha abonado el principal e intereses pactados, bien sea de forma anticipada, como es el caso, bien porque haya expirado el plazo.*

Esta cuestión ya ha sido analizada por esta Audiencia Provincial en reiteradas sentencias cuya cita se estima innecesaria, por conocida por las partes.

Decíamos allí y reiteramos ahora, que para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2.015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y



automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2.013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte.

Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene.

Piénsese en un contrato de arrendamiento que se haya extinguido por expiración del plazo. Nada impediría al arrendador reclamar las rentas vencidas y adeudadas, por más que el contrato en sí se haya extinguido.

Reiteramos que estamos ante una acción de nulidad y no ante una acción resolución contractual, en cuyo caso, sí tendría razón la parte apelante, pues no es posible en Derecho resolver un contrato que ya se ha cumplido.

Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el art. 1.301 CC (LEG 1889, 27), cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad, en los casos de error, dolo o falsedad en



la causa, al establecer que el plazo de cuatro años comenzará a contarse desde la consumación del contrato.

Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan anularse todas o algunas de sus cláusulas, aún cuando a la fecha de presentación de la demanda, se hubiera cancelado por amortización anticipada, como es el caso".

En el mismo sentido Sentencia 130/2018, de 18 de mayo, de la AP de Ávila, Sección 1ª. La misma en sus FD 2 y 3 declara:

"SEGUNDO : No se aceptan los de la resolución recurrida.

La cuestión planteada en el recurso se refiere a la posibilidad o no, de declarar la nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y una entidad bancaria, cuando dicho préstamo hipotecario ha sido cancelado. Invoca la parte recurrida que en ningún momento ha alegado la prescripción o caducidad de la acción de nulidad ejercitada.

Para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2.015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de



2.013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte.

Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene.

Como hemos dicho, en este caso se trata de una acción de nulidad que pretende la eliminación de la denominada cláusula de gastos inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, como claramente se dice en la demanda, cuando se refiere a la acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, como lo es la cláusula aludida.

Reiteramos que estamos ante una acción de nulidad y no ante una acción resolución contractual, en cuyo caso, sí tendría razón la parte apelada, pues no es posible en Derecho resolver un contrato que ya se ha cumplido.

Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el Art. 1.301 Cc cuando regula el plazo de prescripción de la acción de nulidad, en los casos de error, dolo o falsedad en la causa, al establecer que el plazo de cuatro años comenzará a contarse desde la consumación del contrato.

Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan anularse todas o algunas de sus cláusulas, aun cuando a



la fecha de presentación de la demanda, se hubiera cancelado por amortización, como es el caso.

Otro ejemplo de la posibilidad de promover la acción de nulidad es el que viene resolviendo por la mal denominada jurisprudencia menor o de las Audiencias Provinciales con reiteración, al declarar la validez de un contrato de novación suscrito entre consumidor y entidad bancaria, en el que acuerdan dejar sin efecto determinadas cláusulas, y sin embargo, ello no obsta a que se promueva la acción de nulidad de las referidas cláusulas con devolución de las cantidades abonadas en exceso desde la constitución de la hipoteca hasta que la dejan sin efecto en el contrato privado de novación. Vemos que se estima la acción de nulidad de la cláusula de que se trate, con los efectos económicos señalados, aún cuando a la fecha de interposición de la demanda, dicha cláusula ya no existe porque las partes han convenido dejarla sin efecto, por lo que el recurso debe ser estimado (en el mismo sentido Stc. Aud. Prov. Asturias 9 de febrero de 2.018 y las que en ella se citan, y Pontevedra 7 de abril de 2.017).

TERCERO: En ánimo de agotar la cuestión, en alusión a la quiebra del principio de seguridad jurídica que se contiene en la sentencia de instancia, para poner coto y remedio a tal posibilidad está la doctrina del abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. En efecto, en palabras de nuestro más Alto Tribunal " mal puede hablarse de abuso de derecho cuando la actora se ha limitado a ejercitar una acción con base en una facultad reconocida legalmente". (STS de 4 de abril de 2011).

Son reglas interpretativas que se extraen de la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso que:



a).- La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (*qui iure sui utitur neminem laedit*), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTS 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).

b).- Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación.

c).- En cualquier caso deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (*Verwirkung*): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005 , 8 marzo y 12 abril 2006 , entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988 , 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)".

d).- Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007 , que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con



manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima qui iure sui utitur neminem laedit salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis (...)".

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos, mal cabe concluir que pueda existir un ejercicio desleal o tardío del derecho a ejercitar la pretensión esgrimida cuando el préstamo fue amortizado en el año 2.014 y la demanda rectora fue presentada en el año 2.017, esto es, en el transcurso de un lapso temporal insuficiente para fundar la deslealtad que sustenta la teoría del abuso del derecho, lo que no hace sino confirmar la conclusión alcanzada en el ordinal anterior."

También la Sentencia 224/2018, de 11 de mayo, de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, declara en su FD SEGUNDO:

"SEGUNDO.- En cuanto al primero de los motivos ya hemos dicho que la acción entablada no se sujeta a ningún plazo prescriptivo o de caducidad (sentencias de fecha 14 de diciembre de 2017 y 2 de febrero de 2018) por lo que ninguna duda la legitimación de la actora para deducir esta pretensión en cuanto parte en el contrato que reúne además la condición de consumidor, mediante el ejercicio de una acción de nulidad fundada en el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación en relación con los arts. 80 y siguientes de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios , que tiene a su vez derecho a al restitución de las cantidades percibidas indebidamente en cualquier momento, desde el momento que se ha declarado la nulidad de la estipulación



afectada por dicho vicio, se halle o no cancelado el préstamo y cumplidas las obligaciones entre las partes del contrato en el que se encuentra inserta tal estipulación. Declarada por tanto la nulidad, la consecuencia es el derecho de restitución en la forma solicitada, que legítimamente se interesa."

En el mismo sentido Sentencia 203/2018, de 9 de mayo, y 185/2018, de 3 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª; Sentencia 173/2018, 20 de abril, de AP de Asturias, Sección 1ª y Sentencia 162/2018, de 19 de abril, AP de Asturias, Sección 1ª, sentencia esta última que debe conocer la defensa de la parte demandada por tratarse de un asunto en el que fue parte demandada el "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA". Como sin duda conoce o debe conocer la entidad demandada esta última sentencia en su FD SEGUNDO declara:

"SEGUNDO.- La excepción de caducidad por cancelación de un préstamo hipotecario cuando lo que se pide en la demanda es la nulidad de pleno derecho de alguna cláusula ya ha sido rechazada en varias ocasiones con anterioridad, no solo por esta Sección sino por las restantes de la Audiencia Provincial de Asturias. La reciente sentencia número 24/18, fechada el 29 de enero de 2.018 , decía lo siguiente frente a argumento idéntico al aquí manejado, es decir la caducidad de la acción al haber ya transcurrido el término de cuatro años a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil desde la fecha de su cancelación: El criterio de esta Audiencia es opuesto al que expone el recurso, pues en sentencia de esta misma Sección de 24-11-2016 , se dice: Cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el artículo 1301 del Código Civil se refiere a la acción de nulidad fijándola con una duración de cuatro años, no lo es



menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 6 de julio de 2.015, en cuanto a su posible caducidad señalando lo siguiente: La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 LCGC señala que las acciones de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya que la declaración de nulidad, según los arts. 9 y 10 de la LCGC es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil. En esta dirección, si se tiene en cuenta que la acción ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, el que el préstamo hipotecario estuviese ya cancelado antes de presentarse la demanda no puede ser obstáculo de clase alguna para ejercitar dicha acción y sus consecuencias patrimoniales, es decir el reintegro de las cantidades indebidamente exigidas y cobradas por la entidad demandada. Como ejemplo, puede señalarse la sentencia del TS de 29 de abril de 1.997, a la que puede añadirse la de 14 de noviembre de 2008”.

En el mismo sentido AP de Badajoz, Sección 2ª, Sentencias 143/2018, de 12 de abril, 114/2017, de 6 de abril y 425/2017,



de 4 de diciembre; AP de Soria, Sección 1ª, sentencia 52/2018; Ap de Salamanca, Sección 1º, Sentencia 108/2018, de 21 de mayo; y AP de Alava, Sección 1ª, Sentencias 562/2017, de 22 de diciembre, y 154/2018, de 19 de marzo.

Por lo demás la anterior doctrina es aplicable a los efectos de rechazar la referencia final que realiza la defensa demandada a lo que denomina límites a la acción de nulidad de pleno derecho por mala fe, abuso de derecho o retraso desleal en el ejercicio de la acción que no se produce en el supuesto de autos en el que no existe ningún acto, salvo el mero transcurso del tiempo, que permita concluir que el prestatario demandante ha renunciado o abandonado de alguna forma y con propósito abusivo a la acción.

Salvadas todas las cuestiones previas denunciadas por la defensa de la demandada resulta procedente entrar en el examen de la nulidad de cada una de las cláusulas sometidas a consideración

QUINTO. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SOBRE GASTOS. PRINCIPIOS GENERALES Y EFECTOS. Como se ha expuesto la parte demandante pretende la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula financiera inserta en el contrato de préstamo con garantía real suscrito entre las partes en las que se atribuyen a la parte prestataria el pago, entre otros, de los gastos derivados de la constitución o formalización, modificación o cancelación de la hipoteca, así como su inscripción registral, reclamado por tales conceptos la suma expuesta según desglose realizado anteriormente.



La finalidad que se persigue es que se declare la nulidad, por abusiva, de la cláusula sobre gastos inserta en el contrato y, en su consecuencia, se condene a la entidad demandada al pago de las cantidades que la parte prestataria ha tenido que abonar hasta la fecha siguiendo a tales efectos la doctrina sentada en la reciente Sentencia 244/2018, de 19 de abril, de la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Murcia constituida en Pleno, cuya finalidad, ha sido sin duda, entre otras, la de unificar la doctrina al respecto con la intención de evitar la numerosa litigiosidad que existe en esta materia, en el entendido caso que el prestatario ha abonado no a la entidad demandada sino a terceros las cantidades que reclama, de suerte que no se trata de restitución de cantidades indebidamente cobradas por la demandada, sino de cantidades indebidamente satisfechas por el prestatario a terceros como consecuencia de la nulidad de pleno derecho de una cláusula introducida abusivamente en el contrato por la prestamista. Estaríamos, en consecuencia, de una reclamación que deriva de la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula como una consecuencia más de la necesaria protección de los consumidores y usuarios frente a actuaciones abusivas de empresarios/profesionales derivada de la reiterada doctrina del TJUE que así lo viene declarando, máxime si se tiene presente que la finalidad del control de la abusividad incluso de oficio impuesto por la doctrina del TJUE en la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, no es otro que eliminar de una vez por todas las cláusulas abusivas en todos los contratos en los que sean parte contratante consumidores y/o usuarios. En conclusión, la utilización de cláusulas abusivas para los consumidores se contempla como una mala praxis contractual del empresario/profesional que se hace preciso eliminar en este tipo de contratación y es, precisamente, de esta mala praxis



de la que deriva un derecho de quedar indemne para el consumidor.

Por lo demás conviene señalar que este juzgador ya ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre la nulidad por abusividad de la cláusula que se somete a consideración. La conclusión a la que se llega es la siguiente. A saber, considerando que la cláusula no es un elemento esencial del contrato de préstamo ni constituye su objeto principal resulta, en consecuencia, irrelevante que la cláusula sea o no transparente, tanto en su comprensión literal como en su trascendencia económica, de ahí que lo que directamente se plantea es un problema de abusividad de una condición general de la contratación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiese aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, luego resulta que la misma, tal y como consta redactada, es nula de pleno derecho, debido a que, existiendo la posibilidad de realizar un reparto equitativo entre las partes contratantes, no solo no se asegura o establece en ella una mínima reciprocidad entre los gastos ocasionados como consecuencia de la intervención del notario y registrador, gestoría etc., sino que hace recaer la totalidad de estos sobre el prestatario e hipotecante. De la lectura de la cláusula en particular y del contrato den su conjunto podría llegarse a la conclusión que se pretende hacer recaer en el prestatario-consumidor toda la carga financiera o económica del contrato sin ningún tipo de discriminación.

A tales efectos la Sentencia del tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, *analiza a la luz de la legislación de protección de consumidores y usuarios las condiciones generales de contratación relativas a los gastos del negocio jurídico. Concretamente en lo que se refiere al préstamo*



hipotecario, afirma que el art. 89 del R.D.L. 1/2007 de Defensa de Consumidores y Usuarios califica en todo caso como abusivas las cláusulas que impongan al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario y especifica respecto a la compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, resalta la citada S.T.S. 705/2013) una serie de supuestos concretos. Así, a) la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación) y c) la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario."

Este es por otra parte, una detenida lectura de la citada Sentencia 244/2018, de 19 de abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, revela que esta es la doctrina que mantiene como no podía ser de otra forma ya que en ella no viene sino a fijar en Sentencia de Pleno el criterio que ha venido siguiendo en las numerosas Sentencias que la misma había dictado anteriormente en relación a la cláusula sobre gastos y sus efectos.

A ello se refiere la misma en el penúltimo párrafo de su FD Segundo en el que realiza cita de las más recientes Sentencias del Tribunal Supremo, número 147 y 148 de 2018, ambas de 15 de marzo.

Por lo demás, establecida la nulidad, la controversia se suscitaba sobre los efectos que debe producir la declaración de nulidad de la cláusula. En este sentido la doctrina unánime de la Audiencia Provincial de Murcia se resume en el FD QUINTO



de la tan citada Sentencia 244/2018. En él se expone que las consecuencias de la nulidad son las siguientes: a) La cláusula se ha de tener por no puesta (inexistente), lo que impide que el Tribunal pueda moderarla o integrarla; b) No obstante lo anterior, el Tribunal podrá aplicar la norma de Derecho nacional prevista para el caso de ausencia de pacto, si permite restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de los contratantes; c) La parte quien la impuso está obligada a hacer frente a los gastos ocasionados por el consumidor (aquí es donde se revela que la obligación de pago deriva de la propia nulidad por abusividad de la cláusula) que no tengan cobertura en el derecho interno. En concreto siente el criterio unánime de cómo han de satisfacerse y por quien algunos de los gastos sometidos a consideración en el recurso, a saber: 1. Los de impuestos se satisfarán de acuerdo con la legislación fiscal aplicable, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS conforme a la cual el de actos jurídicos documentados, relativo a la constitución de hipoteca, a la cuota variable en función de la cuantía del negocio jurídico y a la cuota fija por timbre de la matriz (cuando no exista pacto expreso) los impone al prestatario, en tanto que el derecho de la cuota fija por timbre de las copias deberá ser satisfecho por quien las solicite; 2. Los notariales se han de satisfacer por mitad, al tener en la normativa arancelaria ambos (prestamista y prestatario) la consideración de interesados; 3. Los registrales son de cuenta del prestamista, a cuyo favor se realiza la inscripción, según normativa arancelaria; 4. Los de gestoría deberán ser atendidos por el prestamista al no existir norma de derecho nacional que determine quién debe abonarlos, y 5. Los de tasación deberán ser atendidos por el prestamista por la misma razón que los anteriores.



Estas y no otra son las conclusiones a las que ha llegado el Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia en la referida Sentencia por los argumentos que extensamente expone en sus Fundamentos de derecho anteriores que se dan por reproducidos y que no vienen sino a ser una recopilación de los numerosos pronunciamientos efectuados sobre el tema por las diversas Secciones de la Audiencia.

Este juzgador ha de poner de manifiesto que desde que fue dictada la tan citada sentencia del Pleno de la Audiencia provincial de Murcia ha seguido y seguirá siguiendo (como no puede ser de otra forma habida cuenta que además lo comparte) el uniforme criterio o doctrina sentada en la misma ya que lo fue, precisamente, con el evidente propósito de establecer de una vez por todas en su ámbito territorial un criterio uniforme y evitar de esta forma, en la manera que ello sea posible, la excesiva litigiosidad que existe al respecto y la intención de facilitar acuerdos extra e intra-judiciales, como de hecho ha ocurrido en otros procedimientos ordinarios tramitado en este Juzgado en los que los escrito de demanda se presentaron en fecha anterior a la de la publicación de la Sentencia 244/2018, de 19 de abril, pero la Audiencia Previa se ha celebrado, como ocurre en el supuesto de autos, después de la publicación.

No ha ocurrido en el presente caso debido a que en la audiencia previa la entidad demandada no ha tenido a bien llegar a un acuerdo con la parte demandante siquiera parcial en relación a la cláusula sobre gastos a pesar de que la segunda redujo su pretensión de condena adecuándola a la doctrina del Pleno de la AP de Murcia.



Siendo ello así la pretensión de la demandante ha de ser estimada parcialmente con la consiguiente condena de la demandada a que abone a la actora la suma de 1.330,03€ que resulta de descontar el 50% de la suma reclamada por gastos de notaría, más el interés legal desde la fecha en la que se realizó la reclamación extrajudicial hasta la de la presente resolución y el legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del código Civil y 576.1 de la LECivil.

SEXTO. SOBRE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SOBRE INTERÉS DE DEMORA.

Igual suerte ha de seguir la cláusula sobre interés de demora incluida en el contrato de cuyo contenido cabe afirmar que puede considerarse nula al superar el tipo pactado para el devengo del interés de demora en dos puntos del estipulado como tipo de interés remuneratorio según reiterada jurisprudencia.

A este respecto a partir de Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 265/2015, de 22 de abril, se ha consolidado una doctrina jurisprudencial de dicho Tribunal, que este juzgador como el resto de los Tribunales debe respetar dado al carácter complementario del ordenamiento jurídico que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil.

La referida sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo número 265/2015, de 22 de abril, dice literalmente: "Se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva una cláusula no negociada que fije un interés de



demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado”.

La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora, según esta doctrina, no debe ser la moderación de este recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar la moderación conservadora de la validez) ni la aplicación de la norma de derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquiera otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación entre empresario o profesionales y consumidores o usuarios. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Se trata simplemente de la supresión del incremento del tipo de interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula que se considera abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. En este mismo sentido se pronuncian para préstamos sin garantía real las Sentencias 469/2015 y 470/2015, de 8 y 7 de septiembre.

Por su parte la Sentencia de pleno 705/2015, de 23 de diciembre, parte de la doctrina sentada en la Sentencia 265/2015, aunque sin afirmar que la extiende a supuestos distintos de préstamos sin garantía real concertados con consumidores, declara nula por abusiva una cláusula de interés de demora incluida en una escritura de préstamo con hipoteca que los fijaba en un 19,00% y aplica la consecuencia anterior de sustituir el interés moratorio por el interés remuneratorio pactado por las partes en cuya virtud la suma adeudada, suprimido el interés de demora, seguiría devengando el interés remuneratorio pactado.



Es finalmente la Sentencia 364/2016, de 3 de junio, la que viene a consolidar definitivamente este criterio de que son abusivos los intereses de demora que superen en dos puntos el interés remuneratorio establecido en los contratos de préstamo concertados entre un profesional y un consumidor, devengando las cantidades adeudadas en caso de nulidad el interés remuneratorio.

Establece la sentencia, siguiendo el criterio de la de 23 de diciembre, que el límite del triple del interés legal del dinero, por encima del cual no se pueden fijar intereses de demora en préstamos garantizados con hipoteca sobre vivienda habitual conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, es un límite absoluto, que no impide que pueda considerarse como abusivo un interés moratorio inferior cuando sea desproporcionado, lo que, como se ha expuesto, ocurre cuando excede en dos puntos, y que no puede ser utilizado por los tribunales como interés supletorio en caso de nulidad de los intereses moratorios, porque ello supondría moderar unos intereses abusivos con infracción de la doctrina que tiene establecida al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es esta última circunstancia la que concurre en el caso que nos ocupa en relación a la cláusula sobre interés de demora incluida En el contrato concertado por los litigantes por lo que luego se dirá de ahí que resulte procedente su declaración de nulidad por abusiva.

En consecuencia, la doctrina contenida en las referidas resoluciones permite establecer las siguientes conclusiones:



1ª) En los préstamos a consumidor, con o sin garantía hipotecaria, incluso cuando el inmueble que se hipoteca es vivienda habitual, es abusivo el interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato.

2ª) La cláusula ese tipo de interés de demora es nula y como tal se ha de tener por no puesta, y

3ª) La entidad prestamista podrá reclamar hasta el completo pago del capital y le ha de servir de base para la liquidación de la deuda el interés remuneratorio pactado en el contrato.

Como no puede ser de otra forma, dado al carácter complementario del ordenamiento jurídico que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil, este es el criterio que también mantiene la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia en Auto 217/2016, de 30 de mayo, que unifica el criterio de toda la Audiencia Provincial toda vez que coincide con el ya sostenía la Sección 5ª, criterio que ha sido ratificado en resoluciones posteriores tales como el Auto núm. 223/2016, de 1 de junio; Auto 234/2016, de 6 de junio; Auto 278/2016, de 4 de julio.

En esta última resolución la Sección Primera deja claro en su FD 3 que "será el criterio que en el futuro se mantendrá y más después del contenido de la STS de 3 de junio de 2016 a la que posteriormente se hace referencia".

Del mismo modo se ha pronunciado en el Auto 290/2016, de 11 de julio y otros posteriores.



Aplicada la doctrina expuesta procede declarar la nulidad de la cláusula sobre interés de demora incluida en el contrato en la que se pacta un tipo nominal anual notablemente superior al remuneratorio.

No obstante, la cuestión sobre la que se produjo controversia fue la relativa a las consecuencias que debía producir la declaración de nulidad.

Según se ha expuesto es doctrina del TS que el prestamista tiene derecho a reclamar el interés remuneratorio, doctrina que se cuestionó por algunos tribunales al considera que la misma contravenía la doctrina del TJUE al respecto. Se consideraba que dada la nulidad por abusividad de la cláusula sobre interés de demora la misma se debía considerar como inexistente y su consecuencia debería ser que el prestamista no podría reclamar ninguna cantidad en concepto de interés de demora al prestatario.

Esta controversia dio lugar a diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, entre ellas la planteada por el tribunal Supremo mediante Auto de 22 de febrero de 2017.

Así las cosas, el TJUE ha dictado recientemente Sentencia resolviendo la cuestión. Se trata de la Sentencia de 7 de agosto de 2018 (ECLI:EU:C:2018:613) en asuntos acumulados C-96/16 (Banco Santander-Mahamadou Demba) y C-94/17 (Rafael Ramón Escobedo Cortés/Banco Sabadell SA) en las que da respuesta a las cuestiones prejudiciales elevadas, respectivamente, por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona y por la Sala Primera del Tribunal Supremo. En lo que interesa el TJUE declara que no es contraria a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos



celebrados con los consumidores, la doctrina del Tribunal Supremo sobre intereses moratorios en los préstamos.

En primer lugar, declara que la Directiva 93/13 no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el contrato.

Del mismo modo, en cuanto a los efectos de la declaración como abusiva de la cláusula relativa a los intereses moratorios, declara que la Directiva 93/13 no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato.

Por lo demás la defensa de la parte demandada trae a colación por último unos supuestos límites al ejercicio tardío del derecho o conforme a las exigencias de la buena fe o abuso de derecho que resultan inaplicables en el supuesto enjuiciado al tratarse de un préstamo vigente.



SEPTIMO. SOBRE NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO Y SUS CONSECUENCIAS.

Como se ha expuesto la parte demandante pretende la nulidad de la cláusula inserta en el contrato en la que se limita a la baja la variación del tipo de interés remuneratorio pactado al 2,50%.

En virtud de la misma resulta que las partes pactan que el tipo de interés que resulte de las revisiones no podrá ser inferior al 2,50% nominal anual, esto es, se establece un tipo de interés fijó mínimo que se aplica durante toda la vigencia del contrato salvo que el índice de referencia más el diferencial pactado por las partes sea superior a él en cuyo caso se aplicará este último.

En conclusión, el préstamo, en virtud de la cláusula suelo o limitativa de las variaciones de interés remuneratorio pactado como variable, es en realidad para el consumidor-prestatario un préstamo a tipo fijo mínimo. Así lo ha declarado el TS de forma reiterada en sus Sentencias. En este sentido se han de citar, por todas, la Sentencias de 367/2017, de 8 de junio, 53/2018, de 1 de febrero o la más reciente 215/2018, de 11 de abril. Según la doctrina contenida en las referidas resoluciones la trascendencia de este tipo de cláusulas consiste en que el préstamo concertado por los demandantes no es propiamente un préstamo a interés variable, en el que las variaciones del índice de referencia (Euribor a un año), podían beneficiar a cualquiera de las partes del contrato, sino que, en la práctica, era un préstamo en el que la variación del índice de referencia sólo podía beneficiar sustancialmente a la entidad prestamista, pues aunque el Euribor bajara significativamente,



la parte prestataria apenas podría beneficiarse limitadamente de tal bajada.

Así las cosas, bajo la apariencia de un préstamo con interés variable, con la cláusula suelo realmente se impone al demandante o los demandantes un préstamo fijo o lo que es lo mismo el precio del capital prestado (interés remuneratorio) viene a ser prácticamente el mismo durante toda la vigencia del contrato ya que, de producirse la variación pactada, esta solo puede beneficiar a la entidad bancaria prestamista.

Por lo demás no existe duda que la cláusula que nos ocupa es transparente en lo que se refiere a su redacción. No está enmascarada y su simple lectura desde el punto de vista semántico y gramatical permite comprender que se ha incluido en el contrato. Supera así, en consecuencia, el llamado control de incorporación.

Pero siendo ello así la cuestión que, en esencia, se somete a consideración en el presente procedimiento, como en la inmensa mayoría de los casos, no es otra que averiguar si la cláusula controvertida supera el denominado control de transparencia, entendido este control como la obligación de información (plus de información) precontractual que tiene el empresario/profesional (entidad bancaria prestamista) respecto al consumidor prestatario sobre las consecuencias económicas y jurídicas que para él implica la inclusión de la misma en el contrato.

Se somete a consideración en el presente procedimiento (como en casi todos en los que este juzgador ha tenido ocasión de pronunciarse) si la cláusula suelo que limita la posible variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado



supera o no el control de transparencia y si, en consecuencia, la entidad demandada, caso de no superarlo, deberá de restituir a la parte actora las cantidades que hubiere cobrado indebidamente.

La parte demandante se refiere a la nulidad de la cláusula suelo incluida en el del contrato de préstamo concertado por las partes.

El argumento viene a ser, en esencia, el mismo que se utiliza de manera habitual en este tipo de procedimientos, a saber, la falta de transparencia o información precontractual suficiente para conocer el contenido o alcance económico y jurídico de la cláusula suelo por falta de información, inexistencia de simulaciones de escenarios diversos.

A la pretensión de la actora, en momento procesal oportuno, se opuso la entidad demandada para cuya defensa viene a sostener, en síntesis, que la cláusula fue negociada individualmente y que se le facilitó información precontractual suficiente sobre la ella. A tales efectos sostienen que los empleados de la entidad bancaria facilitaron al demandante información sobre la cláusula suelo tanto cuando se negoció el préstamo a promotor como en las posteriores novaciones, que le informaron de todas las condiciones financieras. Finalmente se refiere a la información que se le facilitó por el notario autorizante de la escritura en la que se incluye la cláusula suelo.

La oposición de la entidad demandada viene a ser la misma que suelen realizar la inmensa mayoría de las entidades bancarias que han venido utilizado este tipo de cláusula en el sentido de tratarse de cláusula validas, que la redacción es



clara y sencilla y de fácil comprensión para el prestamista y que el mismo ha sido informado sobre su funcionamiento por sus empleados, mediante la entrega de una oferta vinculante e incluso se remite a las advertencias realizadas por el notario que autoriza la escritura en el momento de la firma.

Para resolver las numerosas cuestiones que se someten a consideración relativas a los controles de transparencia de cláusulas suelo este juzgador viene remitiéndose por su claridad expositiva a la doctrina contenida en la **Sentencia 291/2016, de 12 de mayo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia**, de la que es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fuentes Devesa, en la que se citan otras anteriores de la misma Sala. La referida sentencia en su FD 2 incluye la siguiente doctrina:

“Segundo. El control de transparencia de la llamada cláusula suelo.

1.- El análisis del control de transparencia de la cláusula limitativa de la variabilidad de los intereses debe efectuarse partiendo de que se trata de una condición general de contratación que define el objeto principal del contrato, y como ya ha dicho la Sala, entre otras en la Sentencia de 17 de septiembre o 22 de octubre de 2015, 28 de enero o 11 de febrero de 2016, descansa sobre las siguientes premisas:

"En primer lugar, esta cláusula es ajena al control de abusividad, si es transparente

Así se desprende del art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que dice «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni



a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible ".

Nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art 38 CE), y es consustancial al mismo que la determinación del precio del producto o servicio se haga con arreglo a las leyes del mercado y de la competencia, de manera que no cabe un control judicial del equilibrio de los precios (STS 406/2012, de 28 de junio), es decir, si son justos o no, pues la relación entre precios y contraprestación es una cuestión metajurídica, al venir determinada por la competencia. En palabras de la reciente STJUE de 30 de abril de 2014 "... la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control."

Por ello la STS de 5 de mayo 2013 concluye que "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", con lo que aclara su postura, y se desmarca de precedentes en sentido contrario (STS 1 julio 2010, como el más evidente y no mero obiter dicta).

En segundo lugar, la exigencia de transparencia de esta cláusula trasciende de la claridad documental

La exigencia de transparencia de las cláusulas que se refieren al objeto principal o a la relación calidad/precio de la prestación para evitar la apreciación de su carácter



abusivo, no se refiere solo al aspecto formal y lingüístico de la cláusula, sino que debe ser entendido de forma más amplia, comprensivo también de las consecuencias económicas que conlleva la aplicación de la cláusula contractual cuestionada, o su relación con las demás cláusulas del contrato

En las Conclusiones del AG de 12 de febrero de 2014 en el Asunto C 26/1380 al interpretar el art 4.2 de la Directiva concluye que "El examen del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, la información facilitada al consumidor en el momento de la celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de dichas cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas". Postura que -tal vez sin igual precisión - viene refrendada por la STJUE de 30 de abril de 2014 al decir que la exigencia de transparencia el art 4.2 se ha de entender "como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor", sino también de que el contrato exponga de manera transparente las consecuencias de esa la cláusula referida, así como la relación entre esta y las demás "de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"

En palabras del Tribunal Supremo en la STS de 9 de mayo 2013 "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", pues el control de transparencia es aquél que "... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato



celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En tercer lugar, el control de transparencia no se agota con un control de los requisitos de incorporación

Conectado con lo anterior, además del filtro de incorporación, en los contratos con consumidores, estas cláusulas generales referidas a lo que constituye el objeto principal del contrato deben superar el control de transparencia en los términos dichos, es decir, que permita conocer tanto la carga económica como la jurídica en los parámetros expuestos

Es lo el TS ha denominado doble filtro de transparencia: el primero, documental para todas las CGC, de manera que si se supera permite su incorporación, y un segundo filtro, reforzado o específico en contratos suscritos con consumidores para los elementos esenciales, que permita la comprensibilidad de la carga económica y jurídica del contrato en los términos expuestos

Se desprende de ello que el TS acoge la línea doctrinal que descarta que el control de transparencia se ubique en el control de incorporación, al sostenerse que el deber de transparencia del art 4.2 de la Directiva tiene una naturaleza especial

En cuarto lugar, el control de abusividad de esta cláusula es un control de transparencia que afecta a la relación precio y contraprestación en perjuicio del consumidor



Del art 4.2 de la Directiva, con arreglo a la cual debe ser interpretado el Derecho nacional para alcanzar el resultado que dicha Directiva persigue (principio de interpretación conforme, STJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C 240/98 a C 244/98) y que constituye una norma de mínimos (STJUE caso Caja Madrid), se desprende que el consumidor puede alegar el carácter abusivo de una cláusula que se refiriera a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre el precio y los servicios o los bienes que habían de proporcionarse si no es transparente (como se deduce de la STJUE Comisión/Países Bajos de 10 de Mayo de 2001)

Por tanto, la abusividad se puede declarar (a) si se trata de cláusulas que no definen el objeto del contrato (las que un sector doctrinal denominada "contenido normativo" del contrato) por existir en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones, y (b) si se trata de cláusulas que definen el objeto del contrato, por ausencia de transparencia que afecte a la relación precio y contraprestación

Como se afirma en la doctrina, si por defecto de transparencia una cláusula relativa al objeto principal del contrato no ha podido ser valorada por el consumidor, se altera el acuerdo económico que creía haber concertado con el empresario.

No se trata (porque no es posible por imperativo del art 38 CE) de valorar si el precio es justo o no, o la contraprestación cara o barata, sino si por ese déficit de transparencia se ha defraudado la expectativa que, a partir de la información suministrada por el empresario, se había representado el consumidor sobre el precio a abonar por la contraprestación a recibir



Dicho de otras manera, lo que justifica aquí la abusividad no es el desequilibrio contemplado en el art 10 bis LGDC (actual art 82 LGDCU) en los términos propuestos por la entidad bancaria, sino el perjuicio del consumidor que ve frustradas sus legítimas expectativas económicas al comprobar que el precio por una determinada contraprestación (que fue lo que tuvo en consideración para decidirse a contratar con ese empresario) se ve alterado a posteriori por la aplicación de una cláusula definitoria del objeto esencial del contrato, pero que no se tuvo en cuenta por la ausencia de transparencia. Alteración que será perjudicial para el consumidor-adherente (pues de lo contrario no tiene sentido plantearse su nulidad, art 8.1LGDC) al implicar una mayor carga económica para obtener el producto o servicio respecto de la que razonable estaba prevista

En el caso concreto de la cláusula suelo, la abusividad no deriva, pues, de que en sí misma no sea clara y comprensible (ello afecta a la incorporación) sino si esa cláusula, por falta de transparencia, en su aplicación en el conjunto del contrato, implica una quiebra de las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de interés que estimaba que estaba contratando: pensaba que contrataba un préstamo con interés variable (ya a la baja ya al alza) cuando solo podía serlo, llegado un momento, al alza, de manera que se distorsiona así el acuerdo económico que motivó el contrato.

Así dice la STS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015 "El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), 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.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación."

2. El Alto Tribunal en la sentencia de 9 de mayo de 2013 identifica seis razones diferentes cuya conjunción determina que las cláusulas suelo analizadas en esa sentencia fueron consideradas no transparentes, pero como se dice en el mismo Alto Tribunal en el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 dichas "*... circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. 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 "*. E inmediatamente añade, en el apartado 2.2 rubricado "*No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado"* lo siguiente "*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."

3. Por tanto, lo relevante es comprobar si los consumidores estaban perfectamente informados del funcionamiento de esa cláusula, si bien es verdad que esos parámetros son pautas que permiten arrojar un grado de seguridad a la hora de verificar este "test de transparencia"

Por lo demás y a los efectos de aclarar los efectos que produce la intervención de determinar el nivel de información que se le presta al consumidor por la intervención de los Notarios como fedatarios públicos a los efectos de justificar que a los prestatarios se les informa sobre el contenido y alcance de las cláusulas objeto del contrato se ha de poner de manifiesto que el Tribunal Supremo viene indicando con reiteración conocida que la necesidad de la información precontractual no queda excluida por la actuación de los notarios durante la firma del contrato. En este sentido se han de citar por todas, las más recientes Sentencias de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 237/2018, de 24 de abril y 36/2018, de 24 de enero, con cita de otras anteriores como Sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio.



La primera de las sentencias citadas declara en el apartado 2 de su FD SEGUNDO in fine que "En el presente caso, como resulta acreditado de la prueba documental practicada, la entidad bancaria, tanto en la fase precontractual, como en la perfección del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, no realizó el plus de información exigible para que los consumidores pudieran adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que comportaba la inclusión de la cláusula suelo en dicho contrato. Déficit de información que no queda suplido por la mera lectura de la escritura por el notario, o por la claridad gramatical que puede resultar de la redacción de la cláusula suelo, que si bien sirve para la superación del control de incorporación no determina, por ella sola, en ausencia de ese plus de información, que dicha cláusula suelo supere, además, el control de transparencia (SSTS 593/2017, de 7 de noviembre y 655/2017 de 26 de noviembre)".

Del mismo modo la segunda de las Sentencias citadas declara en el FD 6 que "El problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información pre-contractual, muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que



se acreditara que la información contenida en el anexo I le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo. De tal forma que, si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual, de lo que no deja constancia la sentencia recurrida, no habría duda de la transparencia de la cláusula y por lo tanto no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo”.

En conclusión, para solventar la cuestión se pone el acento no en la información que se facilita a la firma del contrato y/o la post- contractual sino en la precontractual. Se trata de determinar si con antelación suficiente a la celebración del contrato se le ha suministrado al consumidor una información bastante sobre el contenido y alcance tanto económico como jurídico de la cláusula.

En otras palabras, se trata de determinar si el profesional, en este caso la entidad bancaria prestamista, ha acreditado que el consumidor/a, la parte prestataria demandante, a la hora de contratar ha adoptado su decisión económica después de haber sido informada cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula objeto de controversia lo que ha de verificarse no solo mediante el examen del contenido o forma en la que está redactado el contrato sino a través del resto de los elementos probatorios que existen en el procedimiento.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 218/2018, de 11 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sección 1^a en la que se tratan dos cuestiones, de una parte, la



relativa al deber de información precontractual del banco prestamista en contratos de préstamo no directos con el consumidor sino concertados mediante la subrogación del comprador consumidor en la posición del vendedor de una vivienda, generalmente lo es el promotor que recibió un préstamo para la construcción en el que por lo general no solo se produce la subrogación del comprador sino que, además, se suelen modificar alguna o algunas condiciones del préstamo, y, de otra parte, la relativa a la reiterada jurisprudencia que declara que la intervención notarial no basta por si sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo.

La referida Sentencia en su FD QUINTO expone:

"Decisión del tribunal. Estimación del motivo

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial incurre en la infracción legal denunciada. Declara que la cláusula suelo es válida por aplicación de criterios propios de los contratos por negociación. Sin embargo, nos encontramos ante una condición general de un contrato celebrado con consumidores, por lo que han de ser aplicados los criterios propios de este tipo de contratación en masa y, en concreto, los propios del control de transparencia que, aplicado a las llamadas "cláusulas suelo", han sido desarrollados por este tribunal en una extensa jurisprudencia.

2.- La referencia que la sentencia contiene a la existencia de negociación ha de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos. Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario



solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada.

Habrà podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo.

Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociada.

Por otra parte, la referencia que la sentencia hace a la existencia de negociación se ve contradicha por la afirmación de que es procedente realizar el control de transparencia, que es propio de las condiciones generales de los contratos celebrados con los consumidores.

3.- Que se trate de una subrogación en el préstamo concedido al promotor, y de una novación del mismo, no excluye la obligación de la entidad predisponente de facilitar al contratante una información, sobre todo en la fase previa a la



celebración del negocio jurídico, que sea suficiente para que el cliente tenga adecuado conocimiento de esa importante limitación a la variación a la baja del tipo de interés y de su trascendencia en la economía del contrato.

4.- La falta de información adecuada por parte de Unicaja sobre la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario que se novaba para que sirviera a los compradores para financiar la compra de la vivienda conlleva que dicha cláusula no fuera transparente, puesto que los compradores no pudieron apercibirse de la existencia de la cláusula, que limitaba drásticamente las posibilidades de bajada del tipo de interés en un préstamo que se suponía concedido a interés variable, y de su trascendencia en la economía del contrato.

No basta con afirmar, como hace la sentencia recurrida, la suficiencia de la información dada a los clientes, sin precisar en qué consistió la información facilitada, tanto más cuando la propia Unicaja ha sostenido la improcedencia de haber facilitado a los demandantes, antes de la celebración del negocio jurídico, la información escrita exigida reglamentariamente en aquel momento, con lo que está tratando de justificar la ausencia de esa información.

5.- La valoración de la suficiencia de la información suministrada, pese a apoyarse en hechos, es jurídica y, por tanto, revisable en casación, de modo que determina la revocación de la sentencia recurrida cuando esta parte de una concepción del alcance de los deberes de información del predisponente y de la conducta que debe observar el consumidor, con relación al control de transparencia de las condiciones generales y en concreto de la que contiene una cláusula suelo, que contradice la jurisprudencia de esta sala.



El hecho de que, como consecuencia de la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor, este fuera novado, con una ampliación de su importe y de su plazo de devolución (que es lo usual en la inmensa mayoría de los casos de compra de primera vivienda), no significa que los prestatarios tuvieran un especial conocimiento del contenido del contrato y, en concreto, de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

Tampoco exime a la entidad bancaria de su deber de informar adecuadamente al consumidor sobre tal extremo.

6.- En cuanto a la intervención notarial (que se produce en todos los casos de préstamo hipotecario y, por tanto, en la práctica totalidad de los contratos en los que se incluye una cláusula suelo), es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que declara que no basta por sí sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo, en especial por la trascendencia que la información precontractual tiene en este tipo de contratos y por la práctica imposibilidad que tiene el consumidor de rechazar en la Notaría la firma de la escritura de préstamo hipotecario en cuanto que le es indispensable para poder pagar el precio de la vivienda cuya escritura de compra suele firmarse simultáneamente a la escritura de préstamo hipotecario.

7.- La Audiencia Provincial hace referencia a una serie de conceptos (literalidad del contrato, consentimiento de las partes, libertad de pactos, fuerza vinculante de los contratos) que son más propios del control de validez de los contratos por negociación o de la interpretación de los mismos. Pero lo que se plantea en este litigio es el control de transparencia de una condición general de la contratación, y son los criterios propios de este tipo de contratos de adhesión y de estas cláusulas, recogidos en la extensa



jurisprudencia de este tribunal sobre esta cuestión y en la jurisprudencia del TJUE, los que debieron ser aplicados por la Audiencia Provincial y no lo fueron.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada y el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimado”.

En esta sentencia se rechaza la postura que mantienen algunas Audiencias Provinciales que presuponen que el mero o simple hecho de tratarse de una subrogación con novación de un préstamo concedido a vendedora presupuno implica per se que ha existido negociación y que el prestatario consumidor ha sido suficientemente informado del contenido o alcance económico y jurídico de la cláusula suelo evitando así la carga de la prueba que la jurisprudencia viene imponiendo sobre tales extremos al prestamista profesional siendo este el que debe que ha negociado individualmente con el consumidor la cláusula suelo, a los efectos de considerar que no se trata de una condición general predispuestas, y que le ha cumplido, con antelación suficiente a la firma del contrato, con el plus de información que se le exige sobre la carga económica y legal o jurídica que supone para el prestatario consumidor este tipo de cláusulas y reitera, como se ha expuesto, que la intervención notarial no basta por si sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo que exige un plus de información contractual en cuya virtud la entidad bancaria prestamista ha de informar de manera clara y comprensible en el sentido de explicar al prestatario consumidor el verdadero y real alcance económico y jurídico que para él tendrá la aplicación de la cláusula suelo durante toda la vigencia del contrato; cláusula suelo cuya virtualidad u operatividad no es otra, como ya se ha expuesto, que la de



convertir el préstamo en un préstamo no a interés variable sino en un verdadero préstamo a interés fijo "mínimo". Se trataría de explicar al consumidor de una forma clara y comprensible para él que durante el primer periodo de vigencia del contrato se aplicará el interés fijo pactado lo que le obliga a pagar una cota mensual de X euros y que transcurrido este periodo durante toda la vigencia del contrato se aplicará un tipo de interés "mínimo" (suelo) por lo que estará obligado a pagar una cuota mensual que como "mínimo" será de Y euros mensuales si bien esta cuota mensual podrá verse incrementada si la suma del tipo de referencia (por lo general el EURIBOR) y el índice corrector (más 1,00 punto por ejemplo) pactados supera al tipo mínimo. En conclusión, se le debe de informar de manera clara que no se beneficiará de las variaciones en el tope de interés remuneratorio ya que la única que se verá beneficiada será la entidad prestamista. Siendo ello así resulta sumamente fácil entregar al consumidor la tabla de amortización del préstamo durante el primer periodo de vigencia ya la tabla de amortización mínima para los años sucesivos con la precisión que esta última puede verse incrementada e incluso partiendo de esta base realizar una simulación de un escenario en el que se le explique (informe) al consumidor sobre que posible incremento podría tener esta cuota mínima en función a una posible y previsible variación en el futuro del EURIBOR y/o su comportamiento en años anteriores a la firma del contrato.

Esta es la forma en la que, a juicio de este juzgador, de manera clara y comprensible, se facilita al consumidor tomar conocimiento de que carga económica mínima le supone o supondrá el préstamo que tiene intención de contratar o lo que es lo mismo el precio mínimo que tendrá que abonar como contraprestación por el capital recibido en concepto de



préstamo. Esta tabla de amortización mensual, que tan normal y general resulta en los préstamos personales, cuya finalidad es la adquisición de otro tipo de bienes, se hecha a faltar en los prestamos como el que es objeto de la presente litis.

Así mismo resulta oportuno hacer referencia a la doctrina contenida en la Sentencia número 77/2018, de 8 de febrero, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, sobre el valor o efectos de la acción colectiva. La citada sentencia, de la que también es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fuentes Devesa, se refiere, en lo fundamental, al valor de la acción colectiva resuelta mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 aclarada por la de 8 de junio de 2017.

La misma en sus fundamentos de derecho segundo y tercero expone o sienta la siguiente doctrina:

“Segundo. Delimitación del ámbito de la apelación. La falta de validez de la cláusula suelo declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015

1. A la hora de enjuiciar la falta de validez de la cláusula suelo litigiosa, no podemos perder de vista que la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, en el seno de una acción colectiva de cesación contra la entidad demandada (entre otras), declara la nulidad de una cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable del préstamo hipotecario contenida en una escritura de préstamo hipotecario literalmente igual a la que aparece en el caso presente (con la sola alteración del tipo del suelo) como se deduce de su cotejo (folio 201) y el fundamento cuarto de la referida sentencia .

Sobre la trascendencia que ello supone nos pronunciamos in extenso en nuestras sentencias de 17 de noviembre y 1 de



diciembre de 2016 y 21 de septiembre. Dejamos constancia de la problemática de la relación entre la acción colectiva de cesación y la acción individual de nulidad contempladas en los art 12 y 9 de la Ley 7/1998 analizada en nuestra sentencia de 29 de junio de 2017 en la que nos hacíamos eco de la sentencia de TS de 8 de junio de 2017 que se pronuncia sobre esta espinosa materia y en la sienta la siguiente doctrina, al emanar del Pleno:

" La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente , esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual." (remarcado añadido)

Por tanto, huelga reiterar lo que ya ha sido resuelto por el TS al analizar la transparencia de cláusulas litigiosas empleadas por el BANCO POPULAR por lo que queda así reducida la litis a comprobar si concurren en este caso esas circunstancias excepcionales que el TS reseña para que se



pueda predicar en este caso concreto la transparencia de la cláusula

2. Ello se hará atendiendo a las pruebas practicadas, sin perder de vista que como tribunal de apelación es posible una nueva valoración de la prueba, sin limitación alguna, como contundentemente afirma la STS de 4 de diciembre de 2015

2.1 En cuanto al perfil del consumidor, nada se dice sobre su cualificación, y solo consta que en 2015 era mecánico uno y desempleada otra. Nada apunta, pues, a que estuvieran dotados de ese plus de conocimiento para considerarles unos clientes expertos que pudieran en el momento de concertar el contrato, y sin precisar un examen minucioso e intensivo, aprehender el alcance y sentido económico y jurídico de la cláusula litigiosa, cuando la misma no aparece destacada.

2.2 Respecto del segundo parámetro a verificar relativo a la información suministrada por la entidad prestamista, lo único probado es la intervención notarial en la escritura de novación del préstamo de 4 de junio de 2007, sin que conste oferta vinculante, ya que la aportada se refiere al inicial préstamo de 2005, pero que en todo caso, atendido sus términos, es insuficiente para atender el requisito de transparencia, según ha reiterado hasta la saciedad este Tribunal. Por todas, reproducimos lo argumentado al respecto en la sentencia de 29 de junio de 2017, con apoyo en la STS de 8 de junio de 2017

"... en cuanto a la intervención notarial, la sentencia comentada refiere la previa doctrina según la cual la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia (STS 8 de septiembre



de 2013) y que la intervención del notario, al final del proceso no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de aquello que acaba de comprar y por cuyo pago precisa la suma del préstamo (STS de 24 de marzo de 2015).

En segundo lugar, remarca la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, con cita de jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb; de 26 de febrero de 2015, caso Matei; de 23 de abril de 2015, caso Van Hove, y 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo) y concluye

[...] "...cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual" (remarcado añadido)

Y al analizar la oferta vinculante ...se deduce que por sí sola su existencia no es bastante cuando"... no consta que se diera un tratamiento informativo adecuado a la cláusula suelo".

2. En definitiva, deducimos de esta doctrina jurisprudencial que es preciso que, con una antelación suficiente a la firma del contrato, se facilite al consumidor la información relativa a la cláusula suelo, remarcando que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, de modo que pueda conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. Es decir, algo más que se aparte



de las pautas estandarizadas de comportamiento tomadas en consideración por el TS al estimar la acción colectiva"

3. En definitiva, se estima el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación de la normativa y jurisprudencia, por lo que recurso debe ser estimado, y la sentencia revocada, por falta de transparencia de la cláusula suelo impugnada, con remisión a lo ya dicho por el TS en la sentencia citada ante una cláusula idéntica, pues concurren los parámetros que ya indicó el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 reflejados en la sentencia impugnada, que incorrectamente no los aplica, resultando innecesaria su reproducción, y que permiten rechazar los argumentos desplegados por la apelada en su oposición al recurso

Tercero. Otros argumentos

1. No queda desvirtuado lo dicho por las restantes argumentaciones expuestas en la sentencia apelada antes reproducidas por lo siguiente

1.1 Al margen de que no hay ocultación en la demanda de que la escritura de préstamo es novación de una anterior, el que la inicial de 2005 hubiera una cláusula suelo del 3% no significa que los actores conocieran su alcance económico y jurídico cuando novan el préstamo en 2007 y se fija un suelo del 4%. Hemos dicho, entre otras, en sentencia de 17 de noviembre de 2016

"El que pudieran haber negociado ciertas cláusulas en la novación (vgra ampliación del crédito, plazo de amortización o tipo de interés) no implica que las demás (como esta limitación a la variabilidad) también lo haya sido. Como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 "... la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido



indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes...".

Máxime cuando no hay dato que permita afirmar que alcanzaran a comprender su verdadero alcance económico en el inicial préstamo, pues no consta que antes de junio de 2007 se produjera la aplicación efectiva de la cláusula, atendida la evolución de los tipos

Es más, el tenor de la propia escritura es revelador de que el énfasis en la novación se puso en la ampliación de la suma prestada, y la modificación del tipo de interés a aplicar, sin destacar para nada el cambio en el "suelo", que aparece en la modificación segunda, desapercibida, sin ningún tipo de remarque o elemento que lo destaque (página 17, folio 1.2 En cuanto a la tolerancia de la cláusula suelo controvertida durante varios años, hemos reiterado en múltiples ocasiones que no son actos propios reveladores del conocimiento por su parte de las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de la cláusula litigiosa. Así, en la sentencia antes dicha apuntamos las razones siguientes

" i) los actos que adolecen de nulidad radical o de pleno derecho no son susceptibles de convalidación por confirmación tácita; ii) el momento que debe tenerse en consideración para determinar si los demandados conocían las consecuencias económicas de la cláusula suelo es el momento de la celebración del contrato; iii) la reclamación posterior es coherente con la falta de transparencia porque es el momento en se aperciben de sus efectos al no operar la cláusula del precio que ellos creían razonablemente aplicable (Euribor más el diferencial correspondiente) y , en su lugar, se aplica sorpresivamente, la cláusula suelo cuyas consecuencias desconocían, por lo que esa reclamación no es una conducta que signifique inequívocamente conocimiento real de la cláusula,



al admitir explicaciones alternativas, como la ignorancia sobre la significación."

Consideraciones que reiteramos cuando la STS de 16 de octubre de 2017 concluye que la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta y que no es posible su convalidación".

La aplicación de lo anteriormente expuesto debe conducir, de modo inevitable, a la desestimación de los motivos de oposición esgrimidos por la defensa de la parte demandada ya que la prueba en la presente litis se reduce a las documentales aportadas con los escritos de demanda y contestación y estas se revelan como manifiestamente insuficientes para acreditar que la cláusula se negociase con el prestatario consumidor de manera que pudiesen influir en su contenido y/o que la entidad bancaria cumpliera, en fase previa al contrato, con el plus de información sobre su contenido y alcance económico y jurídico, tal y como exige la jurisprudencia a los efectos de tener por cumplido el control de transparencia.

Sobre las consecuencias o efectos de la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad demandada debe acudirse a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que modificó la jurisprudencia emanada de las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo.



En este sentido la Sentencia del TJUE considera que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013, y que esta jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Lo anterior implica que en estos supuestos la demandante es acreedora y la demandada deudora de todas las cantidades que primera ha pagado indebidamente a la segunda o lo que es lo mismo de la cantidad que la segunda haya cobrado indebidamente a la primera como consecuencia de la indebida aplicación de la cláusula suelo cuya nulidad se declara más del el interés legal del dinero de las sumas indebidamente satisfechas desde la fecha en la que la demandante realizó cada uno de los pagos indebidos hasta la de la presente resolución (artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil) que será el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la



presente resolución hasta la de su completo pago (art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La obligación de la demandada de restituir las cantidades indebidamente cobradas implica a su vez que la misma se vea obligada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo, según lo expresamente pactado, sin aplicar la cláusula limitadora del tipo de interés remuneratorio variable. La demandada puede cumplir esta obligación voluntariamente, para ello el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo de veinte días espera para la ejecución, o no hacerlo lo que facultará a la demandante a instar la ejecución acudiendo a lo establecido en el artículo 720 en relación con el 718 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, los efectos de la nulidad de pleno derecho imponen a la demandada, por imperativo legal, las siguientes obligaciones: a) abstenerse de aplicar la cláusula (ya lo ha cumplido toda vez que según consta suspendió su aplicación); b) eliminarla a su costa del contrato; c) recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo a interés variable concertado por las partes según lo expresamente pactado si incluirla, y d) abonar a la actora las cantidades que haya pagado indebidamente como consecuencia de su aplicación, más el interés legal del dinero de cada una de las cantidades indebidamente pagadas desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago; cantidad que, como se ha expuesto, deberá determinarse, en su caso, en ejecución de sentencia.



OCTAVO. COSTAS. Conforme a lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estimada en lo esencial la demanda procede hacer expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandada con varias las declaraciones de nulidad solicitadas y casi en la totalidad han sido estimadas las pretensiones de la actora la que además en el acto de la audiencia previa adaptó su pretensión a la doctrina del Pleno de la Audiencia Provincial de Murcia no haciéndolo así la parte demandada.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por **D/DOÑA** ,
y D/DOÑA , representado/a por el/la
procurador/a don/doña , contra "**BANCO
BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA**", representada por el/la
procurador/a don/doña :

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre gastos inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 30 de agosto de 2007 formalizado en escritura otorgada ante la fe del/la notario/a don/doña José Javier Escolano Navarro, con número de protocolo 2832, y, en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de 1.330,02€ más el interés legal de la referida cantidad desde la fecha de la reclamación extrajudicial hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde esta última fecha hasta su completo pago.



2. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre interés de demora inserta en el referido contrato sin perjuicio de que en el supuesto producirse el impago por el prestatario las cantidades vencidas y no satisfechas continúen devengando a favor de la Caja el interés remuneratorio pactado en el contrato.

3. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula limitativa del tipo de interés remuneratorio variable (cláusula suelo) que figura inserta en el contrato al establecer un límite en las revisiones del tipo de interés nominal pactado consistentes en un mínimo del 2,50% (suelo), y, en su consecuencia, y, en su consecuencia, condeno a la demandada: A) a que se abstenga de aplicar las cláusulas, la elimine a su costa del contrato, si ya no lo hubiere realizado, recalcule y rehaga el cuadro de amortización del préstamo a interés variable concertado por las partes según lo expresamente pactado sin incluirla, y B) a que abone o restituya a la parte actora las cantidades que ha pagado indebidamente como consecuencia de su aplicación más el interés legal del dinero de cada una de las cantidades indebidamente pagadas por los demandantes desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago.

4. Todo ello con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte demandada.

Esta sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación para su conocimiento y fallo por la Audiencia



Provincial el cual deberá interponerse, en su caso, en el plazo de veinte días desde el siguiente al de su notificación a través de escrito presentado en este Juzgado en la forma prevista en el artículo 458.2 Ley de Enjuiciamiento Civil y la constitución, en igual plazo, de un depósito de 50 euros mediante ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

El ingreso para constituir el depósito, cuyo resguardo deberá de acompañarse con el escrito de preparación deberá de realizarse en la entidad SANTANDER. En el resguardo deberán de realizarse las siguientes indicaciones: a) en el campo PPPP el número de procedimiento, precedido de los ceros necesarios para completar 4 dígitos; y b) en el campo AA el número de procedimiento expresado en los dos últimos dígitos del año. En el resguardo se deberá de expresa el tipo de recurso y el código concreto del mismo.

Así por esta mi sentencia, administrando justicia en nombre de SS MM El Rey y juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/



Notificado: 03/10/2018

Ref. Letrado: 33/18

Letrado: ANGEL VICENTE LOPEZ

Cabecera

Remitente:	[3003042016] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
Asunto:	Comunicación del Acontecimiento 38: RESOLUCION 00145/2018 Est.Resol:Publicada
Fecha LexNET:	mar 02/10/2018 10:32:23

Datos particulares

Remitente:	[3003042016] JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
Destinatario:	
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000306/2018
Tipo procedimiento:	OR5
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201810231163298

Archivos adjuntos

Principal:	300304201600000072352018300304201611.PDF
Anexos:	-

Lista de Firmantes

Firmas digitales:	-
-------------------	---