



Roj: **SJM MU 71/2013 - ECLI: ES:JMMU:2013:71**

Id Cendoj: **30030470022013100004**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **15/05/2013**

Nº de Recurso: **531/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO CANO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Murcia, a 15 de mayo de 2013.

Vistos por mí, Francisco Cano Marco, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Murcia, los presentes autos de Juicio Ordinario 531/2011, promovidos por Cesar , representado/a por el/la Procurador/a GALIANO QUETGLAS y defendido/a por el/la Letrado/a ARNAU MARTINEZ, contra BANCO PASTOR SA, representado/a por el/la Procurador/a JIMENEZ CERVANTES y defendido/a por el/la Letrado/a YANES YANES, en este juicio que versa sobre nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad, y atendiendo a los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Que por la representación de la parte actora se formuló demanda de juicio ordinario en la cual solicitaba que se dictara sentencia, por la que, estimando íntegramente la demanda;

se declare la nulidad por tener carácter abusiva de la condición general de la contratación establecida en el contrato del que se deriva la presente demanda y que establece una limitación del tipo de interés aplicable- **cláusula suelo**-, cuyo contenido literal es el siguiente " las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4.30% nominal anual.

se condene a eliminar la condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable- **cláusula suelo**- del contrato de préstamo suscrito.

accesoriamente a la acción de nulidad, se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del artículo 1303 del Código Civil .

**SEGUNDO** : Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada, por la cuales se formuló escrito de contestación en el que solicitaba que se dicte sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas de este proceso a la demandante.

**TERCERO** : Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, se celebró la misma, con la presencia de ambas partes, comprobada la subsistencia del litigio se procedió al examen y resolución de las cuestiones procesales propuestas, ratificándose la demandada en su alegación de litispendencia a la que se opuso la actora, quedando pendiente de resolver en resolución aparte, y tras pronunciarse las partes sobre los documentos aportados de contrario y fijar los hechos sobre los que existía conformidad o disconformidad, se pasó al trámite de proposición de prueba; por la parte actora se propusieron los siguientes medios de prueba; documental, por la parte demandada se propusieron los siguientes medios de prueba; documental. Admitidas las pruebas propuestas, se dio por terminado el acto, quedando los autos pendientes de dictar sentencia de conformidad con el artículo 428 LEC .



**CUARTO** : Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos salvo el plazo para dictar sentencia dado el volumen de asuntos existente en este juzgado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **PRIMERO: Alegaciones de las partes**

Ejercita la parte actora acción tendente a la nulidad de la condición general contenida en contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 3 de junio de 2008 con la entidad demandada en lo relativo a la denominada **cláusula suelo** por interés no inferior al 4.30% nominal anual. Solicita igualmente la eliminación de dicha **cláusula** y la devolución de las cantidades percibidas por la demandada por razón de la misma. Fundamenta su reclamación la parte actora en las siguientes razones; 1) que la indicada **cláusula** nunca fue negociada por las partes siendo impuesta por la entidad y redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos. 2) que la citada **cláusula** coloca al prestatario en una situación de total inferioridad respecto de la demandada existiendo una limitación a la baja de tipos de intereses en relación al cliente pero no existiendo una limitación al alza en relación a la entidad de crédito.

La demandada se opone a la demanda por las siguientes razones; 1) que concurre la excepción de litispendencia en virtud del procedimiento seguido ante el juzgado de lo mercantil nº11 de Madrid por demanda interpuesta en defensa de los consumidores y usuarios por ADICAE frente a BANCO PASTOR SA. 2) que la demandada no incorpora en sus contratos de préstamo de forma general y homogénea la **cláusula** cuya nulidad solicita el actor. 3) que el contrato celebrado entre las partes no pertenece al género de interés variable puro sino al género de interés variable limitado o corregido en el que la acotación es elemento esencial del contrato. 4) que la acotación de la variación de tipos de interés responde a una doble racionalidad económica y sistemática protegida por el ordenamiento jurídico tendente a evitar que en tiempos anormales e impredecibles de reducciones de tipos de interés las entidades de crédito puedan seguir haciendo frente a los pagos de su pasivo frente a otros clientes y, en suma, al sostenimiento de su estructura productiva. 5) que la acotación pertenece a los elementos esenciales del contrato y como tal no puede ser sometido a control de abusividad de su contenido.

### **SEGUNDO: Excepción de litispendencia**

Con carácter previo a entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, es preciso analizar la excepción de litispendencia alegada por la demandada, cuya estimación impediría entrar a conocer sobre el fondo del asunto.

Considera la demandada que concurre la citada excepción en virtud del Decreto de 4 de febrero de 2011 del juzgado de lo mercantil nº 11 de Madrid por el que se admitió a trámite la demanda interpuesta por ASOCIACIÓN DE BANCOS, CAJAS DE AHORRO Y SEGUROS DE ESPAÑA ( ADICAE) frente al hoy demandado, BANCO PASTOR SA, en ejercicio de acción colectiva de cesación de condición general de la contratación y de acciones individuales accesorias de contenido indemnizatorio, siendo que, se afirma, en aquel proceso se reclama lo mismo que en el presente, a saber, el ejercicio de la acción de cesación en la aplicación de las **cláusulas** contractuales ( **cláusulas suelo** hipotecarias denominadas FLOOR), de declaración de nulidad de dichas **cláusulas** por abusivas, de nulidad contractual de dichas **cláusulas** y aquellas conexas con las mismas y de reclamación de daños y perjuicios derivados de la aplicación de las **cláusulas suelo**. Es por ello que considera que concurre identidad del petitum, identidad causal, pues los fundamentos jurídicos de ambos procesos son los mismos, e identidad de sujetos en la medida en que ADICAE, conforme al artículo 11 LEC , ejerce una acción colectiva fundada en derechos de consumidores y usuarios como el actor.

El actor se opone a la estimación de la excepción de litispendencia por considerar que las **cláusulas** cuya nulidad se pide en el procedimiento invocado de contrario son las **cláusulas suelo** y techo en tanto que aquí se pide la nulidad únicamente de la **cláusula suelo**, siendo que, por otro lado, entiende que el artículo 11 LEC establece la posibilidad de la acción colectiva sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados.

La cuestión planteada es compleja, y no pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia, como se han encargado de poner de manifiesto las partes en sus argumentaciones ante el juzgado y en las resoluciones a título ilustrativo aportadas. Así, existen resoluciones contradictorias sobre el particular como AJM 5 Barcelona 13/02/2013, AJM 1 Córdoba 07/02/2013 o AJM Cáceres 06/07/2012 en contra de la existencia de litispendencia en estos caso, o la SAP de La Coruña 06/03/2013 , AJM 9 Barcelona 13/02/2013 , AJM 6 Madrid 26/02/2013 o AJM 2 Madrid 28/02/2013 , a favor de apreciar la excepción.

No obstante la discrepancia, en el presente caso entiende este juzgador que procede desestimar la excepción, y entrar a conocer del fondo de las cuestiones planteadas. Y esta conclusión se basa, en primer lugar, en una



cuestión meramente probatoria, cual es que la parte demandada no ha aportado ni ha pedido la remisión, más allá de la designación de archivos, de las concretas actuaciones que se siguen ante el juzgado de lo mercantil nº11 de Madrid, y que deben ser comparadas con la acción aquí ejercitada, limitándose la parte demandada a copiar en su contestación a la demanda el supuesto suplico de aquella demanda cuya comparación se pretende. Y dicha cuestión no es baladí, pues por un lado, la parte actora, discrepa en el acto de la vista de que la demanda de Madrid se refiera al mismo supuesto que aquí se plantea, es decir, nulidad de **cláusula suelo**, considerando que la demanda de Madrid se refiere igualmente a la **cláusula** techo, siendo que, por otro lado, el no tener acceso a las actuaciones seguidas en Madrid nos impide conocer en su integridad el suplico de la demanda, únicamente se transcribe en la contestación a la demanda el punto 1ª del mismo, nos impide conocer si en aquel procedimiento se ha efectuado el llamamiento a los posibles afectados previsto en el artículo 15 LEC, así como nos impide conocer las concreta peculiaridades del supuesto allí planteado, como por ejemplo las relativas a la petición o no de efectos retroactivo de la resolución.

En segundo lugar, y aun en el caso de que no concurriesen las anteriores razones, entre las resoluciones contradictorias sobre la materia en la doctrina judicial que antes se han puesto de manifiesto, este juzgador se decanta por las que consideran que no concurren la excepción de litispendencia en casos como el presente. Y ello partiendo de lo dispuesto en el primer apartado del artículo 11 LEC que regula las acciones colectivas "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados", que pudieran realizar un planteamiento jurídico diferente al de la acción colectiva, teniendo en cuenta que en casos como el presente puede ser esencial las específicas circunstancias del caso concreto a fin de determinar si existió o no transparencia en la contratación, y valorando las complicaciones para la ejecución de la sentencia por parte del consumidor individual, que requiere el inicial llamamiento del mismo conforme al artículo 15 LEC, expresas menciones en el fallo de la sentencia colectiva conforme al artículo 221 LEC y la valoración en base a circunstancias subjetivas del tribunal competente conforme al artículo 519 LCE.

Por todo lo anterior, procede desestimar la excepción de litispendencia, entrando en el fondo de las cuestiones planteadas.

#### **TERCERO: Planteamiento de la cuestión y antecedente en la doctrina judicial**

Resuelto lo anterior, y entrando en el fondo de las cuestiones planteadas, debe partirse de la base, como se indicaba en el primer fundamento, de que la actora insta la nulidad de la condición general de la contratación contenida en contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha 3 de junio de 2008 con la entidad demandada en lo relativo a la denominada **cláusula suelo** por interés no inferior al 4.30% nominal anual.

Sobre la nulidad de estas **cláusulas**, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la última doctrina judicial que se plasman con claridad en SJM 2 Sevilla 30/09/2010 y en la SAP Sevilla 07/10/2011, que estima el recurso de apelación frente a la primera sentencia indicada. En resumen, siguiendo lo indicado en la STS 09/05/2013, la SJM 2 Sevilla estimó que las denominadas "**cláusulas suelo**" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "**cláusulas** techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación, debiendo abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo. Por su parte la mencionada sentencia de la AP Sevilla rechazó que las **cláusulas suelo** y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las **cláusulas** impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de **cláusulas** negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

La doctrina judicial seguida en la citada sentencia del JM 2 Sevilla se manifiesta igualmente en otras resoluciones como la SJM 1 León 11/03/2011 o la SJM Cáceres 18/10/2011. Por su parte, la doctrina seguida por la citada sentencia AP Sevilla se ha manifestado en otras resoluciones como la SAP Madrid 13/07/2012.

#### **CUARTO: La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Condiciones generales de la contratación.**

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 09/05/2013, que estima el recurso de casación frente a la SAP Sevilla 07/10/2011, resuelve la cuestión planteada en términos no coincidentes con ninguna de las resoluciones anteriores, para considerar finalmente la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las **cláusulas suelo**, incorporadas a contratos bancarios de préstamo a consumidores con garantía



hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios. Y ello en las concretas condiciones previstas en la citada sentencia que pasamos a analizar.

La STS parte de la inicial premisa de que no se cuestione por la partes de aquel procedimiento que las **cláusulas** allí analizadas son **cláusulas** predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos. En el supuesto analizado en el presente procedimiento la demandada, BANCO PASTOR SA, parece negar dicha circunstancia en relación a su actuación habitual, cuando en el fundamento primero de su contestación a la demanda indica que dicha entidad no incorpora a sus contratos de préstamo de interés variable de forma general, sistemática y homogénea **cláusulas** como la impugnada. Pero del desarrollo de dicho fundamento se desprende que los que alega es que existen otro tipo de ofertas de productos dependiendo del perfil de la operación. El hecho de que BANCO PASTOR SA no incorpore estas **cláusulas suelo** a parte de sus contratos, como los aportados a autos a modo de ejemplo en su contestación a la demanda, no impide afirmar que en relación a los contratos en los que utiliza estas **cláusulas** se trate de **cláusulas** predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

Es por ello que la situación concurrente en el presente proceso debe considerarse análoga en este punto a la descrita en la STS que venimos analizando. Y, por tanto, debe concluirse que estamos analizando condiciones generales de la contratación en los términos descritos en el art. 1 LCGC que establece "Son condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Seguidamente, la STS considera que no es obstáculo a esta consideración de condiciones generales de la contratación de las indicadas **cláusulas suelo** el que la condición se refiera a un elemento principal del contrato, como es el precio, circunstancia ésta que es afirmada por la demandada del presente procedimiento para solicitar la desestimación de la demanda. Sobre este particular la STS indica en su apartado 142 "En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos"

Igualmente, considera la STS que no impide el análisis de las **cláusulas** que analizamos su conocimiento por el consumidor, ni el cumplimiento de los deberes de información exigidos por la normativa sectorial, cuando afirma que "a) El conocimiento de una **cláusula** -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. b) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."

**QUINTO: La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Imposición de las **cláusulas**, negociación y sectores regulados.**

Seguidamente, la STS realiza una serie de valoraciones sobre imposición de las **cláusula** y negociación de la misma en orden a razonar la posibilidad de analizar la abusividad de las mismas, plenamente aplicables al supuesto que estamos analizando, y en los siguientes términos; "a) La prestación del consentimiento a una **cláusula** predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha **cláusula** o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de **cláusula** no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una **cláusula** prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

En relación al hecho de que el contrato se enmarque en sectores específicamente regulados por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el presente caso, la STS considera que ello no impide el control se su carácter abusivo en los siguientes términos " Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho



quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

**SEXTO: La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 . Doble control de transparencia. Comprensibilidad real de la cláusula en los contratos con consumidores.**

Despejados los obstáculos anteriores, que impedirían analizar la abusividad de la **cláusula**, y aun reconociendo que la **cláusula suelo** se refiere a un elemento principal del contrato y cumple una función definitoria y descriptiva esencial, al referirse al precio del mismo, la STS concluye que ello no elimina la posibilidad de controlar judicialmente si su contenido es abusivo, debiendo someterse al doble control de transparencia que seguidamente describe.

En ese control la STS parte de la base del cumplimiento de la normativa estatal sobre concesión de préstamos hipotecarios contenida en OM de 5 de mayo de 1994 que "comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja." y considera que dicha normativa "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor." Por lo que llega a la conclusión de que "Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC."

Pero superado es primer filtro, considera la STS que ello no impide eludir el control de abusividad de una **cláusula** en contratos con consumidores en los que la transparencia de las **cláusulas** no negociadas incluye el control de la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, de conformidad con el 80.1 TRLCU cuando dispone que "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen **cláusulas** no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Y en relación a ello considera que las concretas **cláusulas** que se analizaban en aquella sentencia no superan este segundo control de transparencia por las siguientes razones;

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En relación a este punto indica la STS que estas **cláusulas** "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante."

Ello no quiere decir que todas las **cláusulas suelo** sean ilícitas. Y así la STS viene a establecer la licitud de las **cláusulas suelo** cuando concurren las siguientes circunstancias;

"Las **cláusulas suelo** son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo haga previsible, esté informado



de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

-No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como **suelo** y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

- Más aun, son lícitas incluso las **cláusulas suelo** que no coexisten con **cláusulas** techo y, de hecho, la oferta de **cláusulas suelo** y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del **suelo**.

-En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en **cláusulas** con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

#### **SEPTIMO: Aplicación del control de transparencia a las cláusulas a analizar en el presente procedimiento**

Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento. Y del análisis de la escritura de compraventa, subrogación y novación de 3 de junio de 2008, por la que el hoy demandante adquirió su inmueble y se subrogó en la hipoteca constituida a favor de BANCO PASTOR SA, y que obra en autos como documento nº1 de los aportados a la demanda, se desprende que la **cláusula suelo** allí establecida no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad.

Y lo anterior se afirma ya que la **cláusula suelo** impugnada se incluye en la estipulación cuarta de la citada escritura, ubicada entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que diluyen la atención del consumidor. Así, en la citada estipulación cuarta se incluye de manera detallada, y con profusión de datos, la subrogación del hoy actor en el préstamo hipotecario que el vendedor había celebrado con BANCO PASTOR SA, la eliminación de determinadas comisiones, las comisiones en concepto de compensación por desistimiento, las fechas de revisión de los tipos de interés, la fijación del diferencial entre las partes, las posibilidades de reducción del diferencial según los productos contratados con la actora. Después de toda la anterior información se incluye un apartado sexto en el que se fija la **cláusula suelo** bajo el título límites de variabilidad del tipo de interés, indicando que el mismo no podrá ser inferior al 4.30% nominal anual. Se advierte, por tanto, en palabras del TS que la **cláusula** "se encuentra enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Al margen de lo anterior, tampoco se cumplen en caso de autos el resto de requisitos previstos por la comentada STS para considerar que la **cláusula** es transparente, y, por tanto, lícita, así:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

En base a lo anterior, y siendo que la **cláusula** impugnada en el presente procedimiento, no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, de conformidad con los artículos 80.1 , 82 y 83 del RDL 1/2007 , LGDCU, la nulidad y eliminación de la **cláusula** tal y como se solicita, resultando el contrato válido y obligatorio para ambas partes pero sin la **cláusula** impugnada.

#### **OCTAVO: Reclamación de cantidades indebidamente repercutidas durante la vigencia de la cláusula suelo**

Además de la acción de nulidad, la parte actora solicita que se condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula y sus intereses en aplicación del artículo 1303 del Código Civil y 83.1 del RDL 1/2007 , LGDCU.

La STS 09/05/2013 que venimos analizando se pronuncia igualmente sobre esta cuestión, procediendo en el presente caso, por ser doctrina judicial establecida por el Tribunal Supremo y a fin de evitar recursos



innecesarios y costosos para las partes que podrían dilatar la inmediata aplicación de la eliminación de la **cláusula** abusiva, resolver en los mismos términos que la indicada sentencia.

La mencionada STS parte del siguiente razonamiento que pudiera justificar la eficacia retroactiva "Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus **cláusulas**, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum productum (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Si bien seguidamente descarta dicha eficacia retroactiva con, entre otros, los siguientes argumentos "No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE )-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Finalmente, la STS deniega la eficacia retroactiva y la posibilidad de obtener la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en atención a la **cláusula** que se declara nula señalando " Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

En aplicación, como se decía, de la citada doctrina debe desestimarse la demanda en lo relativo a la reclamación de cantidades abonadas hasta el momento por el actor en virtud de la **cláusula suelo**.

#### **NOVENO: Costas**

En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad en la medida en que la estimación ha sido parcial y la cuestión resuelta planteaba serias dudas de derecho como se desprende de la doctrina judicial contradictoria existente con anterioridad a la interposición de la demanda en los términos indicados en los anteriores fundamentos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de concordante y general aplicación al caso de autos

#### **FALLO**

Que estimando parcialmente el suplico de la demanda promovida por Cesar, representado/a por el/la Procurador/a GALIANO QUETGLAS y defendido/a por el/la Letrado/a ARNAU MARTINEZ, contra BANCO PASTOR SA, representado/a por el/la Procurador/a JIMENEZ CERVANTES y defendido/a por el/la Letrado/a YANES YANES, en este juicio que versa sobre nulidad de condiciones generales y reclamación de cantidad, procede efectuar los siguientes pronunciamientos;

- 1.- Debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación establecida en el contrato celebrado entre las partes de fecha 3 de junio de 2008 por la que se establece una limitación del tipo de interés aplicable- **cláusula suelo**-, cuyo contenido literal es el siguiente " las partes acuerdan que, a efectos obligacionales, el tipo resultante de la revisión del tipo de interés aplicable, sea ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 4.30% nominal anual".
- 2.- Debo condenar y condeno a BANCO PASTOR SA a eliminar la indicada condición general de la contratación limitativa del tipo de interés aplicable- **cláusula suelo**- del contrato de préstamo suscrito.
- 3.- Debo absolver y absuelvo a la demandada del resto de peticiones efectuadas en el suplico de la demanda que dio origen a las presentes actuaciones.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que, en su caso, deberá ser interpuesto ante este Juzgado, en el plazo de veinte días siguientes a su notificación.

Se le hace saber a las partes que para entablar el mencionado recurso deberán consignar el importe que, al efecto, señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha



consignación deberá efectuarse en la cuenta de este Juzgado, mediante ingreso en la cuenta expediente correspondiente al órgano y procedimiento judicial en que se ha dictado, debiéndose especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo de recurso de que se trate ( 00- Reposición; 01- Revisión de resoluciones Secretario Judicial, 02- Apelación y 03- Queja); caso contrario no se admitirá a trámite el recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos y cuyo original se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN** .- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Sr. Juez que la suscribe hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe que obra en autos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ