



Roj: **SJM MU 26/2015 - ECLI:ES:JMMU:2015:26**

Id Cendoj: **30030470012015100005**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **12/02/2015**

Nº de Recurso: **646/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **FRANCISCO CANO MARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Murcia, a 12 de febrero de 2015.

Vistos por mí, Francisco Cano Marco, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia, los presentes autos de Juicio Ordinario 646/2013, promovidos por Diego y por Clemencia , representado/a por el/la Procurador/a GALIANO QUETGLAS y defendido/a por el/la Letrado/a ARNAU MARTINEZ, contra BANCO CASTILLA LA MANCHA SA, representado/a por el/la Procurador/a HERNANDEZ PRIETO y defendido/a por el/la Letrado/a RUIZ PEREZ, 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;

Declare la nulidad de la siguiente condición general de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de junio de 2003;

" el tipo de interés máximo amparado por la hipoteca no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4% nominal anual."

Así, como la nulidad de la condición general que aplica un 3,75% que ni siquiera aparece en la escritura de compraventa y subrogación de hipoteca de igual fecha.

Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario.

Condene a la entidad financiera demandada a la devolución al prestatario de 5.797 euros que ( seuo) han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Condene a la entidad financiera demandada al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de interposición de la demanda.

Condene en costas a la parte demandada con expresa imposición.

**SEGUNDO** : Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada, por la cual 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, dejando para resolución posterior la excepción de listispendencia



impropia o prejudicialidad civil, 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; interrogatorio, documental y testifical. Admitidas las pruebas propuestas, salvo las que constan en el acta, se dio por terminado el acto, citando a las partes para la celebración del juicio.

Que por auto de fecha 30 de junio de 2014 se desestimó la excepción de litispendencia impropia o prejudicialidad civil.

**CUARTO** : Abierto el acto del juicio, se practicaron las pruebas acordadas. Finalmente, los Letrados de las partes formularon oralmente sus conclusiones.

**QUINTO** : Que en la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

Ejercita la parte actora acción tendente a la nulidad de la cláusula contenida en contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 30 de junio de 2003 con la entidad demandada en lo relativo a la denominada cláusula suelo y techo, así como la nulidad de la cláusula aplicada en similares términos en relación al contrato de la misma fecha. Solicita igualmente la devolución de las cantidades percibidas por la demandada por razón de la misma. Considera que nos encontramos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo por desequilibrio de prestaciones y falta de transparencia.

La demandada no niega que venga aplicando las cláusulas indicadas en relación a los dos contratos, si bien se opone a la demanda por considerar 1) que los demandantes estuvieron en todo momento perfectamente informados del contenido y alcance de la cláusula impugnada. 2) que la redacción de la cláusula es clara y ha sido cumplida sin objeción alguna por los demandantes. 3) que en cualquier caso no procede la devolución de cantidades.

### **SEGUNDO: Planteamiento de la cuestión y antecedentes 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 referido más arriba que contiene una de las denominadas cláusulas suelo techo.

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 .

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



La 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 predisuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

En el supuesto analizado en el presente procedimiento la demandada no niega expresamente dicha circunstancia en relación a su actuación habitual. No se ha practicado prueba alguna que indique que existió una contratación individual con los actores que dio lugar a esta cláusula ajena al modo de actuar habitual de la demandada, por lo que no cabe duda de que nos encontramos ante una condición general de la contratación.

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 predisuestas 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."

#### **CUARTO: 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".

**QUINTO: 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 seán 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."

#### **SEXTO: Aplicación del control de transparencia a la cláusula 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 préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento, 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 como se desprende de la propia escritura de préstamo hipotecario la cláusula suelo impugnada se incluye al final de la cláusula tercera bis ubicada entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que diluyen la atención del **consumidor**. 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". Además la empleada de la entidad bancaria que contrató con los actores afirma que celebró varias reuniones con los mismos, pero no recuerda exactamente que les explicase el contenido de la cláusula suelo techo. Es por ello que la citada declaración testifical no aporta indicio alguno contrario a la falta de transparencia que se desprende de la documentación escrita aportada.

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.

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

Resuelto lo anterior, 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 , en tanto que la parte demandada se opone a la devolución solicitada en virtud de la doctrina establecida en STS de 9 de mayo de 2013 .

La STS de 9 de mayo de 2013 se pronunció igualmente sobre la devolución de cantidades indebidamente repercutidas durante su vigencia, resolviendo a favor de la no procedencia de su devolución.

La mencionada STS parte del siguiente razonamiento que pudiera justificar la eficacia retroactiva que postula la actora "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 producit (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 de la citada doctrina este juzgador ya se pronunció en sentencia de 15 de mayo de 2013 dictada en el juzgado de lo mercantil nº2 de Murcia desestimando la reclamación de cantidad efectuada, asumiendo por razones de seguridad jurídica y coherencia la doctrina del Tribunal Supremo, y en evitación de recursos innecesarios y costosos para las partes.

Desde el dictado de la mencionada sentencia de este juzgador de 15 de mayo de 2013 algunas sentencias de juzgados de lo mercantil han resuelto, en sentido contrario a la doctrina del Tribunal Supremo, a favor de la devolución de las cantidades percibidas desde la celebración del contrato hasta la supresión de la cláusula suelo. Véase, entre otras, la sentencia del juzgado de lo mercantil nº1 de Bilbao de 21 de octubre de 2013 .

En sentido contrario, y favorable a la no devolución de cantidades conforme a la doctrina del TS, se han pronunciado otras resoluciones como la SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 , SAP de Cáceres de 2 de octubre de 2013 , SAP de Pontevedra de 12 de febrero de 2014 o la SAP de Madrid de 23 de julio de 2013 . Afirma esta última sentencia "En consecuencia, de lo expuesto se desprende que la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, partiendo de la existencia de relaciones establecidas de buena fe, y de la necesidad de evitar el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. Estos trastornos no derivan, como hemos señalado, del tipo de acción, sino de la proyección que tiene la doctrina jurisprudencial sobre una multitud de contratos en los que se han empleado este tipo de cláusulas. No hay que olvidar que se trata de una sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que analiza en profundidad los problemas derivados de las cláusulas suelo (aunque en determinadas circunstancias incluso una sola sentencia - sea o no del Pleno - puede tener valor vinculante como doctrina jurisprudencial, como señala la STS de 9 de mayo de 2011 )."

La AP Murcia ha dictado sentencia de 13 de marzo de 2014 en la que se muestra favorable a la retroacción y, por tanto, a la devolución de cantidades con los siguientes argumentos;

"Esta Sala considera que el pronunciamiento de la STS, que crea doctrina, por ser emitida por el Pleno, no puede extenderse al caso ahora examinado, pues el supuesto en el que aquella sentencia se dictó correspondía a una acción colectiva (en la que no se pedía por la actora restitución de cantidad alguna), y ahora se está ejercitando una individual, en la que el particular ha pedido expresamente la devolución de los pagos injustos derivados de la cláusula abusiva), estando planteada la demanda con anterioridad a la sentencia que prohíbe la retroactividad.

Respecto a los efectos de las cláusulas abusivas, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia preferente de los Tribunales Comunitarios al enjuiciar la Directiva 93/13-CEE, de 5 de abril, en la que, según numerosas resoluciones del TJUE, se crea la doctrina de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, haciendo hincapié en la importancia de proteger a los **consumidores** contra las cláusulas contractuales abusivas, de modo que la protección debe ser proporcionada por las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario. El art. 6 de la Directiva es claro al decir, en su número primero, que "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al **consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".



Como ejemplo de dichas sentencias se menciona la STJUE 30 de mayo del 2013, conforme a la cual: "La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el tribunal nacional que haya constatado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual debe aplicar en cuanto sea posible sus reglas procesales internas de modo que se deduzcan todas las consecuencias que, según el Derecho interno, nacen de la constatación del carácter abusivo de la referida cláusula, para cerciorarse de que el **consumidor** no queda vinculado por ésta".

Así, una vez declarada nula una cláusula introducida en contratos con **consumidores**, no cabe que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario ( STJUE 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito).

Lo que ahora se cuestiona es no otorgar efectos retroactivos a la nulidad de la cláusula abusiva, por concurrir un supuesto excepcional, como es el principio de seguridad jurídica, pero para determinar si tal supuesto concurre en el caso ahora enjuiciado hay que tener en cuenta la doctrina fijada por la Sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertieb, que trata sobre tal cuestión, con mención de la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de una cláusulas como abusiva, mencionando expresamente la Directiva 93/13, sentencia que ambas partes invocan e incluso la refiere la STS."

(....)

El examen de la transcrita sentencia pone de relieve que la irretroactividad de los efectos anulatorios de una sentencia, basada en el principio de la seguridad jurídica, tiene carácter excepcional, y sólo pueden ser acordados y si concurren dos criterios fundamentales: la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves.

En el caso objeto de esta apelación no hay ninguna referencia concreta a cuáles son esos perjuicios graves que la retroactividad de la nulidad en el caso enjuiciado puede ocasionar a la entidad financiera. Es más, ni por la cuantía del pleito (no se ha fijado el importe de las cantidades a devolver pero por los datos que constan sobre el capital y los intereses que pueden resultar nunca serían de cuantía significativa) ni por la entidad de la demandada (un banco) puede apreciarse que concurre el riesgo de graves perjuicios económicos, y no se ha practicado prueba alguna, ni se han descrito por quien trata de evitar el efecto normal de la declaración de nulidad, cuáles puedan ser dichos perjuicios, por lo que ha de aplicarse la doctrina de la STJUE, que al respecto establece en su parágrafo 61: "las consecuencias financieras para las empresas...que hayan celebrado con los **consumidores** contratos especiales de suministro de gas natural no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho..." o lo que es lo mismo, que por el mero hecho de apreciar una cláusula abusiva, no puede concluirse, sin otras pruebas por el Tribunal que la declara, la existencia de un posible perjuicio grave que justifique apartarse de los efectos previstos en caso de nulidad de las cláusulas, por lo que, concluye la comentada sentencia: "62. En consecuencia, procede declarar que no es dable considerar que se haya acreditado la existencia de un riesgo de trastornos graves."

Pero es que tampoco concurre el supuesto de buena fe en la demandada-apelada. A este respecto la STJUE de 19 de julio de 2012 , en su parágrafo 60 hace referencia a dicho requisito en los siguientes términos:

"60. Más concretamente, el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, en particular, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones o los principios del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión Europea (véanse, en particular, las sentencias de 27 de abril de 2006 , Richards, C-423/04, Rec. p. I- 3585, apartado 42; Brzezinski, antes citada, apartado 57, y Kalinchev, antes citada, apartado 51)."

Como puede comprobarse el criterio para apreciar la buena fe es muy estricto, exige la existencia de una normativa en vigor considerada válida, que no se da en el caso ahora enjuiciado, donde la normativa aplicable es la de la nulidad de las cláusulas abusivas que ha llevado a declarar su ineficacia. Se precisa, además, que se haya incitado a observar la conducta contraria a la norma por las autoridades, la incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones y el comportamiento de otros estamentos similares (en el caso de normativa europea de otros Estados).

En el presente caso la sentencia declara probado que la entidad bancaria ocultó información relevante al **consumidor**, faltando al deber de información (no facilita datos concretos del comportamiento previsible de esa cláusula a corto plazo, no existe equilibrio económico entre el tipo inicial y los topes señalados como suelo y techo, se oferta en un mismo apartado la cláusula techo y suelo distorsionando la información, se enmascara la misma en una cláusula con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece



de conocimientos especializados, no se facilitan datos sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad...).

Por todo ello, considera la Sala que aquí no concurren los presupuestos para apartarse del principio general de retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula, por lo que debe revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia y, con estimación íntegra de la demanda, condenar también a la demandada a devolver las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, y sus intereses, como por otra parte ya resolvió esta Sala en sentencia de 12 de septiembre de 2013 ."

Visto lo anterior, y a pesar de la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, este juzgador considera necesario mantener la solución adoptada por la Audiencia Provincial de Murcia, que en su caso será competente para resolver el recurso frente a la presente sentencia, y, por tanto, procede estimar la devolución de las concretas cantidades que se reclaman en el suplico de la demanda.

Las concretas cantidades reclamadas son discutidas por la parte demandada, si bien ello se hace a través de una impugnación genérica que trata de desacreditar el modo de cálculo de la contraparte, pero que no ofrece un cálculo alternativa a pesar de la facilidad probatoria de la entidad bancaria a estos fines. En base a lo anterior, deben estimarse acreditados los cálculos de la parte actora que se encuentran efectuados según la documentación acompañada a la demanda.

#### **OCTAVO: 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 cuestión resuelta planteaba serias dudas de derecho sobre la devolución de cantidades como se desprende de la doctrina judicial contradictoria existente en los términos indicados en el fundamento anterior.

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

#### **FALLO**

Que estimando el suplico de la demanda promovida por Diego y por Clemencia , representado/a por el/ la Procurador/a GALIANO QUETGLAS y defendido/a por el/la Letrado/a ARNAU MARTINEZ, contra BANCO CASTILLA LA MANCHA SA, representado/a por el/la Procurador/a HERNANDEZ PRIETO y defendido/a por el/ la Letrado/a RUIZ PEREZ , 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 siguiente condición general de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 30 de junio de 2003;

" el tipo de interés máximo amparado por la hipoteca no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4% nominal anual."

Así, como la nulidad de la condición general que aplica un 3,75% que ni siquiera aparece en la escritura de compraventa y subrogación de hipoteca de igual fecha.

2.-Debo condenar y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula.

3.- Debo condenar y condeno a la demandada a la devolución al actor la suma de 5.797 euros que ( seuo) han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

4.-Debo condenar y condeno a la entidad financiera demandada al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por el prestatario en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de la interposición de la demanda en la cuantía que resulte hasta la definitiva inaplicación de la cláusula sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar según las condiciones pactadas en la Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria de no haber existido la cláusula que se deja sin efecto.

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