



Roj: **SJM MU 887/2016 - ECLI:ES:JMMU:2016:887**

Id Cendoj: **30030470012016100068**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2016**

Nº de Recurso: **246/2014**

Nº de Resolución: **96/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN JOSE HURTADO YELO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1

MURCIA

SENTENCIA: 00096/2016

-

AVD. DE LA JUSTICIA S/N, FASE 2, MÓDULO 2,2ª PLANTA, 30011 MURCIA

Teléfono: 9682722/71/72/73/74

Fax: 968231153

JPS

N04390

N.I.G. : 30030 47 1 2014 0000533

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000246 /2014

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. Iván , Susana

Procurador/a Sr/a. ENCARNACION BERMEJO GARRES, ENCARNACION BERMEJO GARRES

Abogado/a Sr/a. ,

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a Sr/a. GEMMA MARIA PEREZ HAYA

Abogado/a Sr/a.

Ordinario 246/14

SENTENCIA 96/2016

En Murcia, a 6 de abril de 2016.

Vistos por mí, Juan José Hurtado Yelo, Magistrado- Juez en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Murcia, los presentes autos de Juicio Ordinario 246/2014, promovidos por Iván y Susana , representado/a por el/la Procurador/a Bermejo y defendido/a por el/la Letrado/a Sr. López contra Banco Popular Español, representado/a por el/la Procurador/a Sra. Pérez y defendido/a por el/la Letrado/a Sr. Capell en este juicio que versa sobre nulidad de cláusulas contractuales 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 de la condición general de la contratación establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por el actor con Banco de Andalucía s.a hoy Banco Popular Español s.a de fecha 21 de mayo de 2009 en virtud de la cual se establecía una limitación del tipo de interés aplicable -cláusula suelo- cuyo contenido literal es el siguiente, "el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable a este contrato será de dos enteros cincuenta centésimas por ciento 2,50%.

Que se condene a la entidad demandada a la devolución de la cantidad de 6106,28 € a los actores importe que representa el exceso abonado por la aplicación de la citada cláusula suelo, así como a la devolución de los importes que se satisfagan por los actores en aplicación de la misma durante la tramitación del presente procedimiento.

Que se condene a la entidad financiera demandada al pago de los intereses legales correspondientes de las referidas cantidades desde la fecha de cada cobro, subsidiariamente desde la fecha de la primera interpelación, incrementadas en dos puntos desde la fecha de la sentencia. Con condena en costas.

SEGUNDO : Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada, que contestó a la demanda en fecha 30 de julio de 2014.

TERCERO : Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio el día 6 de mayo de 2015, se celebró la misma, con la presencia de ambas partes, comprobada la subsistencia del litigio, 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; admitidos la documental, interrogatorio de parte y testifical, se señaló para el acto del juicio.

Con fecha 5 de abril de 2016 se celebró el acto del juicio, en el que se practicó la prueba propuesta, quedando los autos para sentencia.

CUARTO : 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: En este procedimiento se ejercita por la actora una acción dirigida a solicitar la nulidad de la denominada cláusula suelo incorporada a la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de mayo de 2009, cláusula 3.3. Para ello consideran los actores que dicha cláusula suelo es abusiva con desproporción entre los derechos de las partes, de tal forma que se han despreciado los controles de transparencia de tal forma que vulnera el Art.80 LGDCU .

SEGUNDO :

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 09/05/2013 , seguida por la 222/15 de 29 de abril, 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. Ello es lo que se deduce de las manifestaciones del actor en su demanda, pues lejos de acudir a criterios o motivos relacionados con vicios del consentimiento, se refiere a la estampación genérica en el contrato de una cláusula suelo que no ha sido objeto de negociación. Por lo tanto, se infiere de la demanda que estamos ante una cláusula tipo y no una cláusula pactada ad hoc. El demandado si realiza actividad probatoria dirigida a desvirtuar la condición de abusiva de la cláusula en cuestión, pero sin embargo entiendo que dicha actividad no desvirtúa a mi juicio, la consideración de condición general de la cláusula suelo, pues como dice el testigo Sixto , director de la sucursal donde se hizo el contrato, que lo que llevó a los actores a cambiar de la CAM al Banco Popular, fue el interés variable que había en cada entidad, lo que quiere decir que el interés fijo no fue objeto de negociación o no se abordó en las negociaciones, pues todo se centró en dicho interés variable. El hecho de aportar una oferta vinculante, o que el notario diga que se le puede explicar las dudas a los actores, no es suficiente para entender que ha habido una negociación ad hoc. La cláusula era un modelo fijo determinado por la empresa para familiares de empleados, por lo que ya venía fijado de antemano en el folleto que aporta el actor como documento 7. Por todo ello, no podemos pensar que existiera una negociación ad hoc de la cláusula, sino que estamos ante una condición general como era frecuente en dicha época que utilizaran los bancos en este tipo de operaciones.

Por lo tanto estamos ante una cláusula genérica de un contrato de préstamo hipotecario, pactada para operaciones de este tipo, y que tiene por lo tanto los caracteres de una condición general de los 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 se concluye de la lectura 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:

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 este caso no existe prueba alguna por la demandada en la que se muestre si el actor pudo o no modificar las cláusulas en cuestión, entendiéndose que la misma es estándar y se refiere a varios contratos, no existiendo otra opción que la asunción o no de la misma, prueba de ello es que aparece en la publicidad general del producto y así se pactó. No hay como se ha dicho una prueba concreta que el actor pudo negociar dicha cláusula.

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 de 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:

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 Euríbor." 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."

A ello hay que unir la doctrina sentada por la STS núm. 705/2015 de 23 diciembre, que distingue entre una transparencia simple y otra cualificada, y es que una cosa es como esté redactada la cláusula en cuestión y otra la comprensión real que haya tenido el **consumidor** en su negociación, "este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato 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 ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al **consumidor** percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». Y es pues esta última la que debe sobre todo analizarse en este tipo de contratos con **consumidores**, pues si bien la redacción de la cláusula puede ser clara por su sencillez, lo complejo es que el **consumidor** entienda los efectos de su aplicación.

En este caso, de la redacción de la cláusula tal y como aparece en la oferta motivada y en el folleto informativo, a mi juicio no supera ni el primer control, transparencia documental. El folleto informativo habla de acotación mínima, pero no indica ni cuando ha de aplicarse ni en qué supuestos, por otro lado la oferta motivada tampoco es clara en su redacción, pues no queda claro cuando se aplica el interés variable, máxime cuando a él también se refiere en la cláusula 2ª, y por ende cuando se aplica el límite a la variación del tipo de interés aplicable. Por



lo tanto este primer límite a mi juicio no lo supera la cláusula en cuestión, al margen que el notario les indique a las partes en el acto de otorgamiento de la escritura que pueden hacer las preguntas sobre las cuestiones que no tengan claras, pues no es ese el momento de explicar con detenimiento cláusulas como la que es objeto de autos.

SEXTO:

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 de 21 mayo de 2009 por el que se otorgó un préstamo con garantía hipotecaria a los actores, se desprende que la cláusula suelo allí referida -cláusula tercera bis- no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad.

Como se ha dicho no cumple el control de transparencia documental ya visto, pues no es fácil de entender en lo que han sido los documentos que ha conocido los actores hasta el momento de su firma.

Además, la cláusula suelo impugnada no se cumplen 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 no aparece con la debida claridad la explicación de la misma.
- 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 efecto, no hay ninguna prueba de la parte demandada que acredite que ha habido una información completa a los actores sobre el producto que se estaba adquiriendo, el hecho de firmar una oferta vinculante no es suficiente, no es clara dicha información, como ya se ha dicho, centrándose la información del producto en el interés variable, como ha dicho el testigo Sr. Sixto , pues ese fue el reclamo que llevó a los actores a cambiar de entidad. Y aunque el notario autorizante dice que el adquirente, hoy actor, manifiesta que se le leyó la escritura y se le ofreció para resolver cualquier duda, ello no es suficiente para probar ese conocimiento que se exige por el TS. 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 las cláusulas tal y como se solicita, resultando los contratos válidos y obligatorios para ambas partes pero sin la cláusula impugnada.

SEPTIMO:

Además de la acción de nulidad, la parte actora solicita que se condene a la entidad a que devuelva las cantidades abonadas de más como consecuencia de dicha cláusula, se entiende desde que la misma está en vigor, incluido el periodo de tramitación del procedimiento.

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 productit (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."

Pues bien esta doctrina ha sido aplicada al caso concreto por sentencias como la de la AP de Murcia Sección 4ª, núm. 289/14 y en ella se establece que para que se de dicha irretroactividad debe probarse la existencia de riesgos de trastornos graves, *"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". Esta doctrina ha sido corregida por la SAP de Murcia Sección 4ª, núm. 265/2015 de 21 mayo que dice, "la nueva sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2015 , con el voto particular de dos magistrados, ha establecido como doctrina ..."que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015 , se declara abusiva y por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ". En consecuencia y constituyendo doctrina jurisprudencial el citado criterio jurídico-interpretativo, procede su acogimiento y aplicación por este Tribunal,". Por lo tanto se debe devolver la diferencia entre los intereses pagados por la aplicación de la cláusula suelo desde el día 9 de mayo de 2013 o fecha de efectiva aplicación de la cláusula suelo si es posterior, hasta la fecha de la firmeza de la sentencia que pone fin al procedimiento, que es cuando termina el mismo, y será la diferencia entre dichos intereses pagados y los que se deberían haber abonado de no existir la cláusula suelo conforme a las cláusulas de la escritura objeto de autos. Cantidad que se determinará en ejecución de sentencia, art.219 Lec , siendo las bases claras.

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 ya que 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.

En cuanto a los intereses procede aplicar a las cantidades que se deban devolver los intereses del Art.1108 C civil desde la fecha de la demanda y los del 576 Lec desde la fecha de la sentencia hasta su pago.

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 el procurador Sra. Bermejo en nombre de Iván y Susana procede efectuar los siguientes pronunciamientos; Se declara la nulidad de la condición general de la contratación establecida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por el actor con Banco de Andalucía s.a hoy Banco Popular Español s.a de fecha 21 de mayo de 2009 en virtud de la cual se establecía una limitación del tipo de interés aplicable -cláusula suelo- cuyo contenido literal es el siguiente, "el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable a este contrato será de dos enteros cincuenta centésimas por ciento 2,50%.

se condena a la entidad Banco Popular Español s.a la devolución de la cantidad cobrada de más en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, que se determinará en ejecución de sentencia, cantidad abonada desde el día 9 de mayo de 2013 o fecha posterior en la que entrara en vigor dicha cláusula, hasta el final de este procedimiento, fecha firmeza de la sentencia que le ponga fin, dicha cantidad será la diferencia entre lo abonado como consecuencia de la cláusula suelo y el interés que se debería haber abonado de no existir esta cláusula.



Las cantidades a devolver devengarán los intereses del Art.1108 C civil desde la fecha de la demanda y los del 576 Lec desde la fecha de la sentencia hasta su pago.

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.

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