



JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 LA RODA

SENTENCIA: 00168/2016

-

AVENIDA REINA SOFÍA S/N (JUNTO ESTACIÓN DE AUTOBUSES) LA RODA
Teléfono: 967445530/967445529
Fax: 967443577

Equipo/usuario:

Modelo: N04390

N.I.G.: 02069 41 1 2016 0000174

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000191 /2016

SENTENCIA 168 /2016

La Roda (Albacete) a 14 de octubre de 2016.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCION N° 1 LA RODA (ALBACETE) .

JUEZA SUSTITUTA:

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO N°191/2016

PARTE DEMANDANTE:

PARTE DEMANDADA:

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: El presente procedimiento tiene su origen en la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora Sra. en nombre y representación de frente a la entidad solicitando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

Se declare la nulidad de la clausula de limitación del tipo de interés (clausula suelo/techo) contenida dentro de la clausula tercera bis "in fine" tipo de intereses variables del contrato de préstamo hipotecario de fecha 23 de agosto del dos mil siete suscrito entre las partes, en lo relativo a la impugnación de clausula suelo, cuyo tenor literal es el siguiente: " el tipo de interés máximo no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4% nominal anual". Se condene a la demandada a eliminar la clausula impugnada del contrato, y

se declare la nulidad de la inscripción registral de la misma con la finalidad de que sea cancelada.

Se condene a la entidad demandada a devolver a la actora las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, debiendo para ello recalcular el cuadro de amortización del préstamo a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales.

SEGUNDO.- La parte actora funda sus pretensiones en los siguientes hechos:

El 23 de agosto del 2007 suscribió préstamo hipotecario, por importe de 90.000 euros de principal, con el fin de reformar y realizar obras vivienda habitual.

A principios de 2016, su abogado remitió en fecha de 9 de febrero y 15 de febrero del 2016 cartas a solicitando el cese de la aplicación de las cláusulas suelo, ante lo que no recibieron contestación alguna.

La entidad demandada, no informó suficientemente a los actores sobre la existencia de una cláusula limitativa de los tipos de interés.

Los actores en todo momento consideraron que el préstamo se regiría por un interés variable, no obstante, ello era engañoso pues en aplicación de la cláusula "suelo", se le viene aplicando el interés fijo de 4%. No recibieron información precontractual y la recibida no era entendible para ellos, ni pudieron negociar nada respecto al préstamo suscrito

TERCERO.- Tras admitir a trámite la demanda se le dio traslado a la entidad demandada, quien, a través del procurador se opuso a las pretensiones de la demanda en base a lo siguiente:

Las cláusulas de limitación de variabilidad de los tipos de interés son lícitas y legales. Además, la que nos ocupa, no ostenta la calificación de condición general de la contratación, al ser una cláusula negociada, y no cumplir los requisitos de predisposición, imposición y generalidad.

Dicha cláusula es una cláusula ordinaria y negociada, que supera los controles de inclusión, así como los de transparencia, resultando su redacción clara, concreta y sencilla.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- En el presente procedimiento la parte demandante ejercita acción de nulidad encaminada a que se declare la nulidad de la cláusula tercera bis " in fine" de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de agosto del 2007 (escritura de préstamo numero hipotecario 1312) otorgada por el notario Junto a esta acción y de conformidad con el artículo 13.3 C.C., ejercita acción de reclamación de cantidad, en concepto de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo.

La citada cláusula contractual, en la parte relativa al objeto del presente procedimiento, es el siguiente tenor " el tipo de interés máximo no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4% nominal anual"

SEGUNDO.- Según deriva de lo dispuesto en el artículo 1091 C.C. (puesto en relación con el artículo 1255 C.C.), el principio rector del derecho de obligaciones contractuales es que las obligaciones derivadas del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

El principio que recoge este artículo respondía a una concepción del contrato en el que las partes se encontraban en igualdad de condiciones, pudiendo influir con su negociación en el contenido del contrato.

Esta concepción de las obligaciones contractuales, cambia cuando se incorporaron a la realidad negocial las condiciones generales de la contratación y de los denominados contratos de adhesión, que eran aquellos en el que las cláusulas contractuales estaban previamente redactadas por una de las partes, denominado predisponente, y se incorporaban a los contratos de este predisponente de forma no negociada, de tal forma que el otro contratante únicamente tenía la posibilidad de prestar o no consentimiento, pero no tenía la posibilidad de influir en el contenido.

En estos contratos, de adhesión (en el que la otra parte únicamente ha de prestar o no su consentimiento) o contrato masa (en el clausurado se redacta con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos) prima la preponderancia de una de las partes respecto de la equilibración en la negociación de las prestaciones. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del dialogo individualizado al " monologo de predisposición".

El instrumento fundamental para facilitar la proliferación de los contratos de adhesión o de los contratos masa fue la utilización de los que se conoce como condición general de la contratación.

Esta institución jurídica se define en el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) como 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 aparición externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

De esta forma, conforme a esta definición, podemos afirmar, como lo hace también la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, que las notas definitorias de las condiciones generales de la contratación son: (i) contractualidad, (ii) predisposición, (iii) imposición, (iv) generalidad (la finalidad de ser incorporada la cláusula a una pluralidad de contratos).

En este ámbito contractual, el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1255 C.C., resulto insuficiente, como principio rector de una nueva modalidad negociadora en el que la utilización de las condiciones generales de la contratación era cada vez más frecuente, ya que al referido principio partía de la igualdad de posición de las partes contractuales. Por ello, el legislador comunitario considero necesario establecer una serie de normas tendentes a reequilibrar la desigualdad de las partes contractuales, pues entendió que, en ciertos casos, la superior protección de un interés (en este caso, el superior interés del consumidor a pesar estar puesta esta condición en tela de juicio a lo largo del procedimiento) habilitaba para que el legislador

introdujera mecanismos de estabilización de tal forma que pudiera restablecer el equilibrio negocial. Así, el legislador comunitario introdujo, a través de la Directiva 93/13, mecanismos de control de este proceso de negociación, cuya finalidad fundamental era lograr el amparo del consumidor mediante el restablecimiento del equilibrio negocial.

En este sentido se ha pronunciado la STS Pleno de 9 de mayo del 2013, cuando indica que "El insatisfactori resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensada para supuestos en los que los contratantes se hallan en posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador, introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenido contractuales que constituyen uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual".

TERCERO.- Dichos controles conducen a eliminar del clausurado contractual todas aquellas estipulaciones, que por su falta de negociación individual, pueden colocar al consumidor en una situación de perjuicio. Esta expulsión del contrato se produce mediante la declaración de abusividad de una cláusula contractual que conlleve el efecto de su nulidad.

Así lo explica la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, cuando indica que " El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas".

Es decir, la ausencia de negociación individual no hace referencia tanto a la posibilidad efectiva del consumidor de influir en el contenido de la cláusula, debiendo recordar que la prueba de la negociación individual de una cláusula corresponde al predisponente, conforme al artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Así lo indica expresamente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que llega a decir que "otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo - la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, RC 93/2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva".

Por otro lado, y también como indica el Tribunal Supremo la mera utilización de condiciones generales de la contratación no supone " per se" la nulidad de estas cláusulas, ya que únicamente lo será si la misma puede calificarse como abusiva. En consecuencia, debe rechazarse que

la clausula objeto de este procedimiento sea nula por no haber sido negociada individualmente, ya que esta conclusión, de resultar probada, nos lleva únicamente a afirmar que concurren los requisitos de una condición general de la contratación (predisposición, imposición y finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos).

Conviene tener presente que se solicita la nulidad de la Clausula en cuestión, por considerar que la misma es abusiva (así se desprende de la fundamentación jurídica de la demanda), lo que hace preciso recordar los tres distintos niveles de protección que establece la Directiva 93/13 (control de incorporación, control de abusividad, en su doble vertiente de control de contenido y de control de transparencia).

CUARTO.- La STS Pleno de 9 de mayo de 2013 concreta el alcance del control de incorporación, previsto y regulado en los artículos 5 y 7 de la LCGC, como aquel control que tiene por objeto la correcta incorporación de una condición general de la contratación en el clausurado de un contrato, de tal forma que por esta correcta incorporación no se cause al consumidor un perjuicio o daño.

En concreto, señala el Tribunal Supremo que " en el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5,6 LCGC (la redacción de las clausulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez) 7 LCGC (no quedaran incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...], b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles)".

Ahora bien, la citada STS también aclara que en sectores regulados, como el sector bancario y financiero, la superación de este control está garantizada mediante el cumplimiento estricto de las normas reguladoras de los contratos bancarios, lo que se conoce como las transparencia documental. De esta forma, la citada STS argumenta que " la detallada regulación del proceso de concesión de préstamo hipotecario a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las clausulas de determinación con los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

QUINTO.- En cuanto al control de transparencia, en palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 26 de mayo de 2014), se caracteriza " como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la clausula contractual predispuesta refiera directamente la compresibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato".

Este control, responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales.

Conforme a lo expuesto, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reducido a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, sino que requiere que la inclusión de criterios precisos y comprensible en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económico y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Así lo indica el Tribunal Supremo, haciendo referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014.

En consecuencia con lo expuesto, el control de transparencia, se constituye como un presupuesto previo para poder entrar en el control de contenido de un elemento esencial de un contrato, por lo que no basta para declarar la nulidad de una determinada cláusula contractual, sino que es preciso analizar si la misma, además, no supera el control de abusividad, por ser contraria al estándar de buena fe fijado por el artículo 8 de la LCGC.

El control de transparencia debe efectuarse en el momento de concertar el contrato y teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias concurrentes en ese momento, ya que estamos ante un control abstracto y no concreto. Por tanto, no puede afirmarse que existe asunción de una cláusula abusiva por falta de transparencia por el mero hecho de haber admitido liquidación de las cuotas hipotecarias efectuadas durante varios años.

No son actos concretos de un consumidor lo que debe de tener en cuenta, sino las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del contrato respecto de un consumidor medio.

SEXTO.- Aplicando lo expuesto al tipo de cláusula que cuestiona, la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, concluye en este asunto analizado en aquella sentencia, que la misma es lícita ya que esta prevista legalmente, pero, en atención a las circunstancias existentes en el momento de la firma de los contratos de préstamos hipotecarios, determinaba que no superaban el control de transparencia, por suponer la transmisión errónea al consumidor de la creencia de que el contrato de préstamo hipotecario funciona bajo un interés que, lejos de ser variable actuaba en la realidad como fijo, sin beneficiarse de los beneficios de las bajadas de los tipos de interés.

En concreto, la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 señalaba que " lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo - recordemos que el BE indica que " estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. En definitiva, las cláusulas administrativas, no son transparentes ya que:

- 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) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquiera otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como preciso el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 3 de junio de 2013, aclaratorio de la precedente Sentencia de 9 de mayo de 2013. Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.

Por tanto, si en el caso concreto comprobamos que la cláusula contractual en cuestión no es transparente, el siguiente paso es analizar si la misma es abusiva por ser contraía a la buena fe.

De esta forma, si la cláusula suelo es apta para frustrar las legítimas expectativas de un consumidor espera razonablemente que la limitación tipo de interés supusiera la concreta aplicación de un interés fijo (o que al menos funcionara como un interés fijo), sin que pueda beneficiarse de eventuales bajadas de tipos de interés nos encontraríamos ante una cláusula abusiva por falta de transparencia. En este sentido, la STS Pleno de 9 de mayo de mayo de 2013 señala que " Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible - de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en realidad los riesgos de oscilación del tiempo mínimo de referencia- único que ha de ser objeto de examen-, los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente... en alza".

SEPTIMO.- En cuanto al control de contenido, la STS de 9 de mayo de 2013, y en lo que exponía en su precedente Sentencia del TS de 18 de junio de 2012 (donde señalaba que el control contenido del posible carácter abusivo de la cláusula no extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, por lo que no cabría un control sobre el precio), sienta que, como

requisito general, no cabe realizar un control de abusividad sobre lo que constituye el objeto principal del contrato. Pero establece asimismo, a continuación, una importante precisión, al señalar que lo que sí cabe es someter a las condiciones generales a ello referidas a un doble control de transparencia.

Ese doble control consiste en:

Superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles.

Y 2º) Superar, además, una vez que pueden considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, este debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de como aquella puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar una decisión con pleno conocimiento de la causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

OCTAVO.- Dicho lo anterior, en el supuesto de autos, alega BANCO DE CASTILLA LA MANCHA que la cláusula suscrita supera todos estos controles pues, no solo fue negociada, sino que además, se explico suficientemente la misma a los clientes.

Ahora bien, a pesar de que la entidad demandada niega que la cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación, no se la llevado a cabo ninguna prueba que demuestre lo contrario, a pesar de que tal, y como se ha expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, asumía la carga de la prueba sobre este aspecto, partiendo además de la base que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contratos sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario o no.

Dicha entidad dispondría de medios probatorios tales como aportación de otros contratos suscritos por ella, con otras personas, en los que las condiciones sean totalmente diferentes o el testimonio de aquellos de sus empleados que se relacionan con la contraparte, a efectos de suscribir el contrato, tienen por tanto, una mayor facilidad probatoria que si el adherente tuviera que acreditar la ausencia de dicha negociación individual, pues, al margen de que se trata de la prueba de un hecho negativo, prueba que la jurisprudencia ha venido considerando como probativo diabólica, resulta, en efecto, muy difícil, si no imposible, para cualquiera que contrate un préstamo con una entidad bancaria, acceder, por ejemplo, a otros contratos suscritos por dicha entidad con terceros.

A mayor abundamiento cabe decir que, como ya han señalado algunas sentencias (Juzgado de los Mercantil de León de 11 de marzo de 2011, Juzgado de los Mercantil de Cáceres de 18 de octubre de 2011) es habitual que las entidades bancarias incluyan, en los contratos de préstamo hipotecario, cláusulas como las que nos ocupan (es más, el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencias de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario, suscritas por las entidades financieras), por lo que, incluso, podemos considerar que dicha habitualidad es un hecho notorio, no necesitado de prueba, conforme al artículo 281.4 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de la entidad bancaria de acreditar que, en el caso concreto, si existió negociación individual.

Las consideraciones expuestas han sido asumidas, igualmente, por la STS 241/2013 de 9 de mayo, tanto en lo que se refiere a la notoriedad del uso habitual de cláusulas similares a la litigiosa en los contratos de préstamo hipotecario, como en lo relativo a hacer recaer en la entidad bancaria la carga de aprobar que, en el caso concreto, la cláusula fue negociada a fin de evitar imponer al consumidor la necesidad de una prueba diabólica.

En el presente caso (en el que no cabe duda que los actores tienen la condición de consumidores, pues se trata de dos personas físicas, que suscriben un préstamo hipotecario para sufragar el gasto de reforma, obras y compra de muebles de la que era su vivienda habitual), se indica en el escrito de demanda que no se negoció la incorporación de la cláusula de que se predica su nulidad. Y estas circunstancias no han sido desvirtuadas por la entidad demandada.

La única prueba que se practicó, además de la documental, fue el interrogatorio del actor que manifestó que suscribió el préstamo hipotecario por cuestiones laborales, conocía al Director de la entidad. En cuanto al conocimiento que tenían de la existencia de la cláusula debatida, señalaron que sabían el dinero objeto del préstamo, el plazo y la cuota, pero desconocían que tenían una cláusula limitativa de los intereses, no fue hasta tiempo después, a principios del 2016 y a raíz de los comentarios de los medios de comunicación y de las noticias que sobre el tema eran difundidas y que les estaban llegando, respecto de las bajadas las cuotas mensuales de las hipotecas, mientras que la de ellos seguía siendo igual, cuando decidieron a través de su abogado enviar unas cartas de solicitud de cese en la aplicación de las cláusulas suelos tanto, las cuales no recibieron respuesta.

Tras una consulta con su abogado, fue cuando fueron conscientes de que tenían una " cláusula suelo", extremo que desconocían hasta esa fecha.

NOVENO.- En cuanto al control de transparencia, es cierto que hoy en día, habida cuenta de la inmensa cantidad de información que ha rodeado a la abusividad o no abusividad de la cláusula suelo, la aptitud del consumidor medio para comprender intelectualmente la carga económica en un contrato de una determinada obligación como consecuencia de la utilización de la cláusula suelo, es mayor que la que podía

tener en el año de la firma del contrato cualquier consumidor, época en la que comenzaron a utilizar masivamente este instrumento de delimitación del precio.

Por otro lado, ya se explicado en los fundamentos jurídicos anteriores, los factores que indica el Tribunal Supremo en la Sentencia 9 de mayo de 2013 para analizar la aptitud de las clausulas suelo para incluir erróneamente en su comprensibilidad, entre los que se encuentra, como en el presente supuesto, la existencia de una clausula techo que puede actuar como señuelo o apariencia de contraprestación. En el supuesto de autos, y como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, ni se han aportado pruebas que acrediten que se hubiera explicado, en el momento de la contratación, que nos encontramos ante un elemento definitorio del objeto principal del contrato, ni se ha acreditado ni acompañado a autos ninguna prueba de que se hubieran efectuado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; ni finalmente, consta en la causa que se haya informado de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo de las distintas opciones financieras.

La clausula objeto de controversia figura dentro de la clausula tercera bis de la escritura, en el que se hace referencia a la forma de fijación del interés variable mediante una profusión de elementos y circunstancias a tener en cuenta que hace difícil la comprensión de su forma de fijación, así como de la importancia de este factor como elemento constitutivo del precio del préstamo, sin que pueda deducirse sin más que constituye un componente fundamental del objeto principal del contrato, pues ni así se define ni así resulta de la redacción de la estipulación de la escritura. Por parte del banco, no se acredita la verdadera información de la existencia de la clausula limitativa al tipo de interés aplicable ni la eventual incidencia de la clausula suelo en la fijación o determinación del precio a través de simulaciones en las que se hiciese constar fluctuaciones del índice de referencia.

En definitiva, la clausula objeto de la controversia no es transparente, como consecuencia de no ser apta para producir en el CONSUMIDOR MEDIO (como lo son los demandantes en este caso dos personas físicas) la comprensibilidad real del reparto de cargas económicas que dimanen del contrato.

DECIMO.- Como ya se ha expuesto, la mera utilización de una condición general de la contratación que no sea transparente implica la consecuencia automática de que esta sea nula por abusiva, sino que es necesario que el predisponente o empresario la haya utilizado en contra de la exigencia de la buena fe.

Esta utilización de mala fe puede atisbarse en aquellos casos en que siendo una clausula contractual no transparente, la actuación del predisponente no ha sido encaminada a superar la falta de aptitud de la clausula para comprender su comprensibilidad intelectual. Dicho de otro modo, se dará esta abusividad cuando se ha contratado de tal manera que el consumidor o el adherente no ha podido adquirir el conocimiento real del equilibrio de riesgos derivados del contrato aprovechando el predisponente o empresario esta aptitud de la clausula para concertar una condiciones contractuales que de otra forma no se hubiera conseguido.

Dada la nula prueba aportada respecto de la concreta explicación de la trascendencia de la cláusula suelo respecto del elemento principal objeto del contrato, hemos de concluir que su utilización contraría a las exigencias de la buena fe. Como señala la STS Pleno de 9 de mayo de 2013, las cláusulas suelo son lícitas, en cuanto que están previstas y reguladas por la ley sin embargo, su utilización contraía a las exigencias de buena fe que deben presidir las negociaciones contractuales y el funcionamiento del contrato, produce un desequilibrio subjetivo que dificulta la comprensibilidad intelectual del reparto de riesgos y que producen un verdadero perjuicio para el consumidor.

Y la cláusula suelo es nula por ser abusiva, ya que no siendo transparente, ha sido incorporada en el clausulado del contrato en contra de las exigencias de la buena fe. Así también lo entendió la STS Pleno de 9 de mayo de 2013 respecto de cláusulas sustancialmente idénticas, indicando que "teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas - contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgo de la variabilidad de los tipos en abstracto. (...) Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible - de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas- en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia - único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas (...), dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

En virtud de lo expuesto, procede estimar la acción de nulidad.

UNDECIMO.- La declaración de nulidad de una cláusula contractual determina su eliminación del contrato, sin que sea posible su integración como ha explicado la doctrina del TJEU, y como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013.

En cuanto al resto del contrato, el artículo 9.2. LCGC establece que "la sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretara la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarara la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarara la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil".

Es posible, por tanto, mantener subsistente la eficacia del resto del contenido del contrato, cuando la nulidad no afecte al mismo. Será la sentencia estimatoria de la pretensión de nulidad la que, en cada caso, determine la extensión de los efectos de esta, con arreglo a lo que acabamos de decir.

Por tal motivo, declarada la nulidad de la cláusula suelo, debemos limitarnos a determinar si puede subsistir, o no la vigencia del resto de cláusulas contractuales, tras la eliminación de aquellas. De hecho la redacción actual del

artículo 83 del TRLDCU, introducida por la Ley 3/14 de 27 de marzo establece que , " las clausulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez previa audiencia de las partes, declarara la nulidad de las clausulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas clausulas". No se contempla la posibilidad de integrar.

Tal y como señala la STS 241/13, de 9 de mayo las clausulas suelo se refieren al objeto principal del contrato - de ahí que el control de su abuso nada mas sea posible cuando hay falta de claridad en los términos indicados-, si bien no cabe identificar " objeto principal" con " elemento esencial" (en este sentido de parte inescindible de la definición contractual de dicho objeto, de manera que, si falta aquella, este quedaría indeterminado) y, por ello, la nulidad de las clausulas suelo comporta que deban tenerse por no puestas, pero no la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que no supone la imposibilidad de su subsistencia.

Por otro lado, y a expensas de los que determine el TJUE cuando resuelva las cuestiones prejudiciales planteadas respecto a esta cuestión, la STS 241/2013 de 9 de mayo, considera la posibilidad de no atribuir a la declaración de nulidad efectos retroactivos, ante la necesidad de proteger otros valores, como la seguridad jurídica.

Sobre dicha base, la STS 241/2013 de 9 de mayo, concluye que, en el caso concreto de las clausulas suelo, la declaración de nulidad no debe tener carácter retroactivo, es decir, no debe afectar a las situaciones ya resueltas con fuerza de cosa juzgada, ni debe implicar la restitución de cantidades ya abonadas, atendiendo, de un lado, a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica (dice " es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con transcendencia al orden publico económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las clausulas controvertidas") y, de otro, a la existencia de buena fe, que entiende que concurre puesto que dichas clausulas son, en principio, lícitas (su ilicitud depende de la falta de transparencia, de tal modo que el consumidor no conoce exactamente los riesgos que asume, no de su contenido intrínseco), responden a razones objetivas, relacionadas con el coste del dinero prestado y la necesidad de obtener un rendimiento mínimo para poder resarcirse del mismo, y han sido usuales y toleradas durante largo tiempo en el mercado.

Por todo ello, y tal como se solicita en el fallo de la demanda, procede condenar a la demandada a la restitución de las cantidades a partir de la publicación de la STS 241/13, de 9 de mayo.

DUODECIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC, habiéndose estimado la demanda, procede imponer a la entidad demandada el pago de las costas procesales.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO.

ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora en nombre y representación de D frente a la



entidad, con la adopción de los siguientes pronunciamientos:
Declaro la nulidad de la clausula de limitación del tipo de interés (clausula suelo/techo), contenida dentro de la clausula tercera bis de las clausulas financieras, del contrato de préstamo hipotecario de fecha 23 de agosto del 2007, suscrito entre las partes, en lo relativo a la imposición de clausulas suelo, cuyo tenor literal es el siguiente: " el tipo de interés máximo no será superior al 11% nominal anual, ni inferior al 4% nominal anual".
Condeno a la demandada a eliminar la clausula impugnada del contrato, declarando la nulidad de la inscripción registral de la misma con la finalidad de que sea cancelada.
Condeno a la entidad demandada a devolverá la actora las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas clausula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, debiendo para ello recalcular el cuadro de amortización del préstamo a partir de la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.
Impongo a la entidad demandada el pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

ESTA RESOLUCIÓN NO ES FIRME, CONTRA LA MISMA CABE INTERPONER RECURSO DE APELACION EN EL PLAZO DE VEINTE DIAS A CONTAR DESDE EL DÍA SIGUIENTE AL DE SU NOTIFICACIÓN. DE CONFORMIDAD CON LA MODIFICACION DE LA LOPJ POR LA LEY 1/2009 BOE 04/11/2009 D.A. 15ª, ES PRECISO LA CONSIGNACION EN LA CUENTA DE CONSIGNACIONES Y DEPOSITOS DEL JUZGADO DE LA CANTIDAD DE 50 EUROS (CINCUENTA EUROS) COMO REQUISITO PARA ADMITIR A TRAMITE EL RECURSO DE APELACION.

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.