

JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS)
MURCIA

SENTENCIA: [REDACTED]

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVDA. DE LA JUSTICIA S/N FASE II, CP 30011 MURCIA
Teléfono: 968277441-968229100, Fax:
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MMC

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTOS FINANCIEROS INMOBILIARIOS DEB. FIS.

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procuradora Sra. ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado Sr. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO BANCO MARE NOSTRUM SA

Procuradora Sra. [REDACTED]

Abogado

En Murcia, a trece de octubre de dos mil veinte.

S.S^a. [REDACTED], Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número once (bis) de esta Ciudad, vistos los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario número [REDACTED] en materia de NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN PRESTAMOS CON GARANTÍA INMOBILIARIA CONCERTADOS POR PERSONAS FISICAS seguidos a instancia de Don [REDACTED] con la representación del Procurador/a Doña Rocio Bernal Barnuevo y la asistencia del Letrado/a Don Bartolomé Giménez Ibarra contra Banco Mare Nostrum S.A., hoy Bankia S.A., con la representación del Procurador/a [REDACTED] y la asistencia del Letrado/a [REDACTED] ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador/a indicado en nombre y representación de la persona reseñada en el encabezamiento formuló demanda de Juicio Ordinario contra la entidad bancaria indicada en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación en préstamos con garantía inmobiliaria suscritos por personas físicas.

Tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó con la súplica de que se dicte sentencia estimando la demanda declarando la nulidad de las cláusulas contractuales objeto de demanda (cláusula suelo) con la condena al pago de las cantidades establecidas en dicho suplico, más intereses y costas procesales.

SEGUNDO.- Admitida la demanda, se acordó el emplazamiento de la parte demandada para que dentro del término legalmente establecido compareciera en forma y contestara a la demanda.

En dicho plazo, compareció el Procurador/a indicado en nombre y representación de la parte demandada oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación con condena en costas procesales.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a las partes a celebración de audiencia previa compareciendo ambas, con sus representaciones y defensas. Tras intentar llegar a un acuerdo, las partes ratificaron sus escritos, se pronunciaron sobre la prueba documental de contrario, fijaron los hechos controvertidos y solicitaron el recibimiento a prueba.

Recibido el pleito a prueba, la parte actora propuso prueba documental y la parte demandada prueba documental, la que fue admitida. Tras efectuar las partes sus conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado en esencia las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

Se ejercita en la demanda acción de nulidad, por carácter abusivo, de la denominada cláusula "suelo" o de limitación de la variabilidad del tipo de interés (**al tipo del 3,25%, con suelo del 12%**) contenida en la Escritura Pública de Subrogación en Préstamo Hipotecario suscrita por las partes en fecha 25 de noviembre de 2011.

Frente a dicha pretensión, la parte demandada se opone alegando, en síntesis, los siguientes motivos: que al haber quedado eliminada la cláusula tras una renegociación y transacción, la acción tendente a que se declare su nulidad no tiene objeto; que cumplía los requisitos de transparencia tratándose, en todo caso, de una subrogación en un préstamo negociado previamente con la parte deudora inicial.

SEGUNDO.- Primer control de incorporación aplicable a todas las condiciones generales de la contratación.

Conforme al art. 1 de la Ley 7/98 son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (el predisponente) a la otra parte (adherente) 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.

Toda condición general de contratación, para que quede incorporada al contrato, debe reunir los requisitos contenidos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/98 independientemente de que el adherente sea un consumidor o no. Por su parte, el art. 80.1 del TR 1/2007 de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRDCU) especifica, dentro de su ámbito de aplicación, los requisitos de este primer control de incorporación en caso de contratos con intervención de consumidores.

Se trata, en definitiva, de requisitos de redacción y de aceptación destinados a que se verifique LA POSIBILIDAD REAL de haber sido conocidas y aceptadas por el adherente, esto es:

-su efectiva inclusión o incorporación a fin de considerarlas aceptadas y, por tanto, parte del contrato.

-que las cláusulas que sean objeto de adhesión estén redactadas de forma clara, transparente y sencilla.

En el presente caso, no hay razones para entender que la cláusula que nos ocupa no supere este control básico de incorporación pues la misma está inserta en la Escritura, suscrita con la firma de la parte prestataria y, gramaticalmente, es comprensible.

TERCERO.- Examen de la cláusula suelo o de limitación de la variabilidad del tipo de interés.

Si bien el art. 4.2 de la Directiva de Consumo de 1993 no fue objeto de trasposición expresa a nuestro Derecho, nuestro Tribunal Supremo ha dejado claro que no pueden ser objeto de control judicial de contenido (esto es, de "desequilibrio de derechos y obligaciones" determinante de su carácter abusivo conforme al art. 82 del TRDCU) aquellas estipulaciones que regulen los elementos esenciales del contrato ni la adecuación del precio al bien o servicio prestado.

Se deduce claramente que la finalidad de esta norma de la Directiva no es otra que la de evitar un control judicial de los "precios", lo cual corresponde exclusivamente al mercado sin que, en definitiva, se disponga de parámetros jurídicos para poder someter a control estos elementos contractuales sujetos, en puridad, a la libertad contractual entendida como opción del consumidor de contratar un producto o servicio determinado en relación con lo que ofrezca la competencia.

Y, en cuanto a la cláusula suelo, como ha resuelto el Tribunal Supremo (en S. de 9 de mayo de 2013 y posteriores de 16 de julio de 2014, 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016) se trata de una cláusula reguladora de un elemento integrado en el objeto esencial del contrato de préstamo (el interés remuneratorio) y excluido, pues, del control de contenido propio de los elementos accesorios.

Ahora bien, las referidas SS. establecen que ello no supone que el sistema no someta esta cláusula, además de al control de transparencia formal o documental (aplicable a todas las condiciones generales de la contratación referido en fundamento de derecho anterior) sino a un segundo control de transparencia que implica un filtro de suficiencia de información que permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y comprender su trascendencia en el desarrollo razonable del

contrato, esto es, su validez depende del perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente.

Por tanto, este filtro de suficiencia de información se configura como una suerte de CONTROL CUALIFICADO DE TRANSPARENCIA que va más allá de comprobar si el consumidor ha tenido la posibilidad formal -accesibilidad, legibilidad, claridad gramatical- de conocer la cláusula por cuanto ha de verificarse que haya tenido un conocimiento real y efectivo, esto es, UNA COMPENSIBILIDAD REAL DE LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA, basada en la suficiencia de información, del contenido de la misma, tanto en su carga económica como jurídica y, en consecuencia, ha aceptado conscientemente el despliegue de su eficacia.

Por tanto, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en las SS. reseñadas y otras posteriores, este control se caracteriza por las siguientes notas:

-Se aplica en relación con cláusulas reguladoras de elementos esenciales del contrato, las cuales, si bien están exentas del control de contenido en base a principios básicos de libertad de mercado, "implican inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, provocan una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

-Se trata, pues, de comprobar, que el adherente haya tenido la información suficiente para haber optado por la modalidad de contrato finalmente concertado frente a otras posibilidades o modalidades u otras opciones de la competencia, esto es, "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".

-Se basa este control en que la exigencia de TRANSPARENCIA, como viene poniendo de manifiesto el TJUE en muchas de sus resoluciones (por ejemplo, S. de 30 de abril de

2014 sobre conversión de divisa extranjera) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, cuando se trata de cláusulas que afectan a elementos esenciales, dicha información es vital para que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, el funcionamiento de la cláusula en cuestión y las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Por tanto, en el caso precitado, el Tribunal de la Unión Europea resuelve que *"la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"*. En los mismos términos, la STJUE de 23 de abril de 2015 y otras posteriores, como la de 21 de diciembre de 2016 y 26 de enero de 2017.

-Y, finalmente, el Tribunal Supremo español ha optado por restringir este control cualificado de transparencia a los contratos con intervención de consumidores, esto es, ha incluido este control (si bien, con sus características especiales) dentro del control de contenido o también denominado de abusividad y no en el general de incorporación, dejando claro que no cabe su extensión a adherentes que no tengan la consideración de consumidores. Lo expresa sin ningún género de dudas la S. de Pleno de 3 de Junio de 2016 al advertir, en su fundamento cuarto, *"que este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional y, por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con consumidores.... Es más, como hemos resaltado en varias de la sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes*

ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, entre los varios ofertados".

En resumen, siempre y cuando el prestatario sea un consumidor, la cláusula no resistirá este control cualificado de transparencia por el solo hecho de que el prestatario hubiera conocido que su préstamo contaba con una cláusula suelo. Por ende, ni es suficiente con que ya estuviera esta cláusula referida la oferta (o solicitud) de préstamo ni es suficiente con que el Notario se lo hubiera advertido al prestatario en el momento de otorgamiento de la Escritura. Ni siquiera es suficiente la circunstancia de que el adherente hubiera tenido a su disposición la minuta o borrador de la Escritura días antes de su firma. Estas circunstancias, por sí solas, no colman el deber de transparencia (STS. de 16 de noviembre de 2017).

De lo que se trata es de que la entidad prestamista, en primer lugar, dé un tratamiento principal a esta cláusula como definitoria del precio del contrato y, en segundo lugar, en orden a asegurar al prestatario la COMPENSIBILIDAD MATERIAL de la cláusula, su funcionamiento y su trascendencia, haya desplegado, debidamente, su obligación informativa. Y esta obligación informativa, además, debe ser PRECONTRACTUAL revistiéndose de una importancia fundamental para el consumidor "disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

Así, la STS. de 7 de noviembre de 2017 insiste en que "la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato".

Además, la circunstancia de que se trate de una subrogación en un préstamo hipotecario ya suscrito

anteriormente -normalmente, con la promotora-vendedora, como es el caso- no exime a la entidad bancaria de la obligación informativa frente al consumidor que se subroga.

En este punto, la STS. de 24 de noviembre de 2017 deja claro que "el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia".

Esta doctrina es reiterada en SSTs de 17 y 26 de enero de 2018 que insisten en que "el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en el préstamo hipotecario, es un contrato de consumo, está sometido al control de transparencia, que no se satisface con una invocación a la información que el consumidor pudo obtener por su cuenta". Tampoco es suficiente con que se haga constar que el nuevo prestatario «conoce y acepta las condiciones de todo lo pactado en la escritura de constitución del préstamo hipotecario antes reseñado», siendo necesario que la entidad bancaria "suministre información precisa y comprensible sobre los elementos esenciales del contrato, y en concreto sobre la existencia de una cláusula suelo que reduce drásticamente las posibilidades de que el prestatario se aproveche de los descensos del índice de referencia siendo reiterada la jurisprudencia que afirma que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la

información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente (SSTS de 5 y 20 de abril de 2017)".

Por tanto, ni cabe entender que por el hecho de que la subrogada no hubiese sido parte en el contrato de préstamo inicial en el que se subroga carezca de legitimación activa ni que la entidad bancaria no esté obligada, como se ha dicho, a desplegar la obligación informativa que le atañe cuando el subrogado, como es el caso, es consumidor.

Y los factores (no necesariamente acumulativos) que el Tribunal Supremo resuelve que deben valorarse en cuanto a la información que debe ser proporcionada al consumidor, son:

-en primer lugar: 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"*. Por tanto, ha de valorarse tanto la ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyan la atención del consumidor, como su inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

-en segundo lugar: la falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, la cual cabe ser predicada si: a) no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; b) no se efectúa un 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; c) se crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; d) se crea la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

Por tanto, sólo en el caso de que se pruebe por el prestamista una verdadera y genuina negociación individual de la cláusula (en cuyo caso, en realidad, ya no sería aplicable el control de contenido, sólo predicable para condiciones no negociadas individualmente) o, en su caso, el haber desplegado frente a su cliente una información cumplida de la cláusula en

los términos aludidos, cabría entender válida la misma (STS de 9 de marzo de 2017) en cuyo caso sí podría ser un elemento a valorar la labor del Notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia pero, como advierten las SS. de 8 de junio y 7 de noviembre de 2017, *"lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir"*.

CUARTO.- No habiéndose alegado ni probado la negociación individualizada de esta cláusula, procede analizar si la misma supera el control cualificado de transparencia y, para ello, ha de valorarse:

1º.- La redacción y ubicación de la cláusula en la Escritura constatan que se encuentra "enmascarada", esto es, entre una serie de epígrafes reguladores del tipo de interés remuneratorio (diversos apartados) se incluye, de forma diluida, la limitación de la variabilidad del interés según la redacción transcrita en fundamento primero. Así, no se destaca esta cláusula como expresamente limitativa sin que, pese a su incorporación mediante subrayado y negrita, deje de estar oculta entre una profusa regulación de cláusulas financieras sobre el interés remuneratorio sin que haya sido tratada con la importancia propia de una cláusula principal.

Por tanto, su ubicación y redacción facilitaban que pasara inadvertida a la parte prestataria y no pudiera percatarse de la verdadera carga económica y jurídica que implicaba.

2º.- No se ha justificado, de forma alguna, un despliegue informativo sobre su funcionamiento y consecuencias (simulaciones, costes comparativos.. etc.) sin haber quedado desvirtuada la apariencia de que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirían, en todo caso, en beneficio del prestatario, lo que no era cierto.

En resumen, no se ha probado por la demandada haber dado cumplimiento a la obligación informativa ya descrita en su alcance en fundamentos anteriores y que, se insiste, debió ser precontractual, esto es, antes de otorgar la Escritura de

subrogación y novación pues, como manifiesta la STS citada de 24 de noviembre de 2017, la obligación de información precontractual corresponde al Banco y no puede ser interpretada como una obligación del adherente de procurarse, por sí, tal información, lo que supondría, de aceptarse, una infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio TJUE *"puesto que a la falta de información clara y precisa por parte del predisponente sobre las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, determinante de la falta de transparencia, siempre podría oponerse que el adherente pudo conseguir por su cuenta tal información"*.

Conclusión: al no verificarse los requisitos del control cualificado de transparencia que nos ocupa la cláusula es nula.

Y dicha nulidad es absoluta o de pleno derecho, esto es, deriva directamente de la ley y, por ende, tampoco es susceptible de convalidación ni confirmación por el paso del tiempo. En consecuencia, el ejercicio de la acción para que se declare la nulidad no está sujeto a plazo de prescripción ni de caducidad alguno ni, por tanto, al de cuatro años del art. 1.301 del C.c., el cual resulta de aplicación a los supuestos de anulabilidad por vicio en el consentimiento (error o dolo), distinto a la nulidad de pleno derecho de la cláusula que nos ocupa.

Y, en cuanto a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 1.303 del C.c. y, por tanto, el efecto restitutorio opera *"ex lege"* (no sujeto, si quiera, a petición expresa) debiendo devolverse o restituirse las cantidades percibidas, con sus intereses, desde que las mismas fueron cobradas por el Banco.

Y, además, conforme ha resuelto la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (de la que ya se ha hecho eco nuestro Tribunal Supremo), la restitución de cantidades -como efecto de la nulidad- debe ser total, esto es, sin limitación en el tiempo, en tanto en cuanto una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor.

En cuanto a la liquidación del efecto restitutorio, acompaña la parte actora, con la demanda, un cálculo de cantidades conforme al cual la entidad bancaria ha percibido en exceso, por aplicación de la cláusula suelo, la cantidad de 5.006,15 euros habiéndose generado intereses legales desde cada cobro que, a fecha de la liquidación (1 de septiembre de 2017) ascendían a 623,76 euros. Además, de no haberse aplicado la cláusula suelo se tendría que haber amortizado la cantidad de 24.588,46 euros en vez de los 22.010,11 euros efectivamente

amortizados por lo que ha de reducirse en dicha cantidad - 2.578,35 euros- el capital pendiente.

Dicha liquidación se ajusta a las circunstancias del caso y no ha sido rebatida por la parte demandada que ni alega motivo o razón para no considerarla correcta ni aporta ninguna otra liquidación alternativa.

QUINTO.- Consecuencias de la eliminación de la cláusula en virtud de acuerdo privado posterior. Eficacia de dicho acuerdo.

En todo caso, manifiesta la parte demandada que la parte actora carecería de acción de nulidad respecto de la cláusula suelo pues la misma se eliminó en virtud de un acuerdo privado suscrito en fecha 26 de noviembre de 2014 no encontrándose vigente al tiempo de interposición de la demanda.

Según resulta del documento en cuestión (denominado "Solicitud de eliminación cláusula suelo/techo") se deja sin efecto la cláusula suelo-techo siendo efectiva la referida eliminación "a partir de la fecha de efectos indicada al principio -1 de enero de 2015 (primer recibo al que se aplicará la supresión)- y se aplicará durante el resto de la vigencia del préstamo y hasta su completa amortización".

Pues bien, aun cuando el acuerdo novatorio elimina la cláusula suelo no encontrándose vigente al tiempo de interposición de la demanda, ello no supone que se carezca de acción de nulidad de la misma, con sus efectos inherentes.

Como a lo largo de esta resolución se ha hecho hincapié, la nulidad de una clausula por carácter abusivo (control de contenido o, en caso de cláusula suelo, control cualificado de transparencia) es ABSOLUTA o de pleno derecho pues resulta de la infracción de normas inequívocamente pertenecientes al orden público. Lo ha proclamado, además, el TJUE en S. de 21 de diciembre de 2016 (la infracción del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una infracción de normas de orden público) reiterando lo ya dicho en SS. anteriores, como la del caso Mostaza Claro de 6 de octubre de 2001, del caso Pannon de 3 de junio de 2009 y del caso Asturcom, de 6 de octubre de 2009.

Y el TJUE, de manera reiterada, insiste en que la consecuencia de la nulidad de una cláusula, por abusiva, es la de que no vincule al consumidor debiendo ser restablecida la situación de hecho y derecho en que se encontraría el

consumidor si la cláusula nunca hubiera existido para lograr el efecto disuasorio.

Por tanto, si la categoría de nulidad es la absoluta, la misma no admite convalidación y resulta invocable aun cuando la cláusula, al tiempo de interposición de la demanda, ya haya sido eliminada por voluntad de las partes, en la medida en que se hayan producido efectos que haya que revertir, lo que es el caso.

No obstante, se plantea, como segunda cuestión, si con este acuerdo el prestatario vino a renunciar en firme al ejercicio de acciones restitutorias por la aplicación anterior de la cláusula suelo, como contraprestación por la eliminación de la misma, esto es, si estamos en presencia de una transacción para evitar un litigio y, por tanto, si resulta o no de aplicación la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 11 de abril de 2018 referida a un supuesto de transacción con reciprocidad de concesiones asumiendo la parte prestataria el compromiso de renunciar al ejercicio de acciones de restitución de cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula suelo.

En efecto, la referida STS de 11 de abril de 2018, para considerar válida la transacción, entiende que es preciso que la misma supere el control cualificado de transparencia, esto es, se hace preciso *"comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación"*.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en S. de 9 de julio de 2020 viene a ratificar -y a complementar- la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto insistiendo en que si bien el consumidor puede renunciar a los efectos (restitutorios) de la nulidad de una cláusula, es necesario, para ello, que dicha renuncia *"proceda de un consentimiento libre e informado"*, el cual depende de que *"el consumidor sea consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba"*.

Asimismo, el TJUE añade que la cláusula de renuncia a acciones no cabe ser considerada, automáticamente, como negociada individualmente por lo que, salvo que se acredite la expresa negociación (posibilidad de influencia del consumidor), está sujeta a control de transparencia. Al respecto, entiende como parámetros indicativos de que no existe una negociación individual, el hecho de que el nuevo pacto se enmarque dentro de la política general de renegociación de este tipo de contratos así como el hecho de que no se facilite previa copia del contrato antes de firmarlo.

Finalmente, al igual que resuelve el Tribunal Supremo, el TJUE confirma que la cláusula de renuncia a acciones se encuentra sujeta a control de transparencia. Así, debe estar redactada "de manera clara y comprensible" y su suscripción debe ir precedida de la correspondiente información por parte de la entidad bancaria.

En el presente caso, se hace constar en el documento, que los abajo firmantes declaran que "con su aceptación y ejecución por parte de Banco Mare Nostrum S.A. queda plenamente satisfecha cualquier reclamación que haya existido sobre esta concreta materia, sin tener nada más que reclamar por este concepto ni por cualquier otro relacionado con la aplicación de la cláusula-techo en el préstamo indicado al principio de este documento".

También se indica en el documento que la eliminación de la cláusula se efectúa "de acuerdo con lo establecido en la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 2 de Murcia y de conformidad con el acuerdo alcanzado sobre el cumplimiento de la misma con las Asociaciones Ausbanc Consumo y Causa Común" sin más especificaciones al respecto.

Así las cosas, entiende esta Juzgadora que en el documento que nos ocupa la parte prestataria no se compromete a "renunciar" al ejercicio de acciones de nulidad de la cláusula suelo inicial y a su consecuente restitución sin que quepa entender que la mención estereotipada anteriormente transcrita pueda ser interpretada como tal.

En efecto, no se hace referencia expresa a que se renuncie al derecho restitutorio de las cantidades cobradas al amparo de la cláusula suelo contenida en la escritura inicial.

Por otro lado, se alude a una sentencia dictada, parece ser, tras el ejercicio de una acción colectiva, pero sin que los hoy actores hubieran sido parte en dicho procedimiento ni en eventuales acuerdos posteriores relativos a la ejecución de dicha sentencia.

Se trata, de forma evidente, de un documento tipo modelo que, además de prerredactado por el Banco, es lacónico y claramente estereotipado, sin que ni siquiera su dicción sea lo suficientemente clara ni comprensible para tener por superado el control de transparencia preciso para considerar prestado un consentimiento libre e informado en orden a la renuncia en firme de acciones a cambio de la eliminación de la cláusula.

SEXTO.- Costas procesales.

La estimación de la demanda determina, por aplicación del art. 394 de la LEC, la condena en costas procesales a la parte demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador/a Doña Rocío Bernal Barnuevo en nombre y representación de Don

contra Banco Mare Nostrum S.A., hoy Bankia S.A., representada por el Procurador/a [REDACTED] r debo declarar y declaro nula la cláusula suelo o de limitación de variabilidad del tipo de interés contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecaria reseñada en fundamento de derecho primero; cláusula que se tiene por no puesta no produciendo ningún efecto; condenando a la demandada a restituir a la parte actora la cantidad de cinco mil seis euros con quince céntimos (5.006,15 euros) más intereses legales que, a fecha 1 de septiembre de 2017, ascendían a seiscientos veintitrés euros con setenta y seis céntimos (623,76 euros) continuando el devengo de intereses legales desde el 2 de septiembre de 2017 hasta el completo pago del principal, condenando igualmente a la demandada a reducir del capital pendiente de pago la cantidad de dos mil quinientos setenta y ocho euros con treinta y cinco céntimos (2.578,35 euros) contabilizando dicho importe como efectivamente amortizado; con imposición de costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación, que será resuelto por la Iltma. Audiencia Provincial de Murcia.

Será requisito preciso para tener por interpuesta la apelación la constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS en la cuenta de consignaciones de este Juzgado, lo que así habrá de acreditarse, sin el cual no se dará trámite al recurso.



Inclúyase la presente en el libro de sentencias poniendo en las actuaciones certificación de la misma.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

