

Not. 12/11/2020

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: scg1.seccion3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MMC
[REDACTED]
[REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE [REDACTED]

Procurador Sr. SALVADOR DIAZ GONZALEZ DE HEREDIA

Abogado Sr. JUAN MIGUEL MURCIA MERLOS

DEMANDADO BANCO MARE NOSTRUM SA

Procuradora [REDACTED]

Abogado [REDACTED]

SENTENCIA

Murcia, 3 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

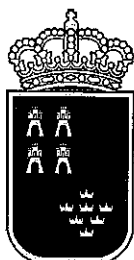
PRIMERO [REDACTED] presentó demanda el 31 de enero de 2018 frente a Banco Mare Nostrum SA en ejercicio de acción de declaración de nulidad de cláusula abusiva.

La parte demandante pide que se declare la nulidad por su carácter abusivo de la cláusula suelo segunda de la escritura pública de novación y ampliación de préstamo hipotecario de 23 de julio de 2009, así como del acuerdo de supresión de la cláusula suelo de 20 de mayo de 2014, y que se condene a la demandada a pagar las cantidades indebidamente abonadas, más los intereses correspondientes y las costas procesales.

SEGUNDO. La demanda fue admitida mediante decreto de 2 de mayo de 2018 y trasladada a la demandada, que contestó y se opuso como Bankia SA el 8 de junio de 2018.

TERCERO. La audiencia previa se celebró el 2 de noviembre de 2020 con asistencia de las dos partes, que propusieron documental, la cual fue admitida y el pleito quedó visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. El concepto de cláusula abusiva y sus presupuestos se establecen en la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El artículo 3 define el concepto de cláusula abusiva y el artículo 4 aporta los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

En nuestro ordenamiento jurídico el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias repite sin apenas modificaciones el concepto de cláusula abusiva en el artículo 82.1, y dispone "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

Además, en el apartado 3 del mismo artículo se reproduce el primer apartado del artículo 4 de la Directiva 13/1993 donde se recogen los criterios para apreciar el carácter abusivo de una cláusula y señala "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

La apreciación del carácter abusivo de una cláusula exige dos presupuestos: uno subjetivo y otro objetivo.

Desde el punto de vista subjetivo la declaración del carácter abusivo de una cláusula exige que esta se haya insertado en un contrato celebrado con un consumidor o usuario. Estos son definidos en el artículo 3 de la actual Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que establece que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un ámbito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". Así mismo añade que "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

Desde el punto de vista objetivo las cláusulas abusivas han de reunir los requisitos que resultan de la definición contenida en el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. A saber:

- Contractualidad, por insertarse la cláusula en un contrato;
- Predisposición, por no haber sido negociada individualmente;
- Contradicción con la buena fe;
- Desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes del contrato;
- Y perjuicio al consumidor.

SEGUNDO. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 declaró el carácter abusivo de diversas cláusulas suelo y señaló que los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo, siendo el más frecuente el euríbor a un año; b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula

para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.

Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza, las denominadas cláusulas techo, y a la baja, las llamadas cláusulas suelo, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope suelo fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

Las estipulaciones contractuales que contienen cláusulas suelo en las escrituras públicas de préstamo garantizado con hipoteca son condiciones generales de la contratación. En numerosas ocasiones, aunque no siempre, se trata de contratos celebrados con consumidores.

Las condiciones generales de la contratación constituyen un mecanismo lícito de contratar propio de la contratación en masa ante la imposibilidad y los costes de negociar individualmente cada contrato. Esta contratación en masa se diferencia de la contratación tradicional mediante negociación, regulada en el Código Civil. Por ello el contrato con condiciones generales es lícito aun cuando la totalidad haya sido predispuesta por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones (STS 99/2009, de 4 de marzo; 406/12, de 18 de junio).

Las condiciones generales de la contratación quedan reguladas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril, que persigue alcanzar un equilibrio que proporcione seguridad y transparencia para el adherente, y a la vez agilidad y sencillez en la contratación.

Las condiciones generales operan fundamentalmente en los denominados contratos de adhesión, aun cuando no todos los contratos de adhesión se concluyen por medio de condiciones generales, y se caracterizan por la unilateralidad del contenido contractual y la falta de capacidad fáctica de una de las partes contratantes para influir en el contenido del convenio ya predispuesto por la otra parte. La libertad del adherente en este tipo de relaciones se limita a la aceptación o no de la contratación.

Desde el punto de vista subjetivo las condiciones generales vienen definidas por la intervención de un predisponente y un adherente. El artículo 2.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación señala que "la presente ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional, predisponente, y cualquier persona física o jurídica, adherente".

El predisponente es el profesional, tanto persona física como jurídica, que en sus relaciones con terceros se sirve de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos.

El adherente es aquella persona que con la finalidad de obtener un bien o la prestación de un servicio se ve en la necesidad de tener que concluir un contrato por medio de condiciones generales, que han sido predispuestas por la otra parte contratante. El adherente puede ser consumidor o no.

Desde el punto de vista objetivo el artículo 1.1 dispone que "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 redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos".

En esta definición legal se pueden encontrar los cuatro elementos esenciales descriptivos de las condiciones generales: la contractualidad, la predisposición, la imposición y la afección de una pluralidad de contratos. Junto a estos elementos, la configuración positiva de las condiciones generales de contratación se termina de concretar con la exigencia de una redacción transparente, clara, concreta y sencilla a la que se refiere el artículo 5.5.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación que se refieren al objeto principal del contrato de préstamo, su precio, que es el interés remuneratorio que se paga por recibir la suma prestada.

La cláusula suelo viene impuesta desde el momento en que el adherente no puede influir en su supresión y contenido, de tal forma que, o se adhiere, o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. 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.

En todo caso 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 (STS 9-5-2013).

La cláusula suelo constituye una estipulación que describe y define el objeto principal del contrato. Por ello, en principio queda fuera del ámbito de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y del concepto de cláusula abusiva pues recordemos que conforme al artículo 4.2 "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Por ello, como regla no cabe el control de su equilibrio. Sin embargo, ya el propio precepto establece una excepción al señalar que el carácter abusivo no se refiere a la definición del objeto principal del contrato "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es decir, si tales estipulaciones no se redactan de manera clara y comprensible, sí es posible el control de su carácter abusivo. A ello se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 al reconocer un sistema de doble control sobre las cláusulas suelo en tanto que condiciones generales de la contratación.

De una parte, se deben cumplir los requisitos que el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación exige a toda condición general: transparencia, claridad concreción y sencillez, de manera que queden excluidas las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, conforme al artículo 7. Este es el control de incorporación. Todo ello a fin de garantizar que el adherente tenga oportunidad real de conocer las cláusulas en los términos exigidos por ambos preceptos. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo indicada señala que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del euríbor. De esta manera 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 Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sin embargo, según el Tribunal Supremo el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. Naturalmente sólo en el caso en que el contrato se haya celebrado con un consumidor, único supuesto en que puede hablarse de abusividad conforme a la Directiva 93/13. En tal sentido el Tribunal Supremo invoca la doctrina de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

Esta transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial, como de la posición jurídica que asume el consumidor. Por ello, no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. En ello insisten, tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, como las de 8 de septiembre de 2014, 24 de mayo de 2015, 29 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015, 171/2017 de 9 de mayo, y 367/2017 de 8 de junio.

La cláusula suelo, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho y de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, convierte los contratos en préstamos a interés mínimo fijo que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

Si bien en el futuro a medio y largo plazo resulta imprevisible el resultado de la cláusula techo suelo, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia, 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 definitiva, el Tribunal Supremo concluyó que la estipulación suelo no es transparente porque: 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 ocasiones se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración, de modo sorprendente y en contra de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 no otorgaba carácter retroactivo a la declaración de nulidad, que no afectaba a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de la Gran Sala de fecha 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), resuelve que la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula.

TERCERO. La parte demandante acredita la celebración de un contrato de préstamo garantizado con hipoteca mediante escritura pública de novación y ampliación de 23 de julio de 2009 presentada como documento n.º 2 de la demanda.

La escritura contiene la cláusula suelo del 3,25% en la estipulación segunda. La inclusión de la estipulación que limita la variabilidad del interés a la baja como un párrafo más en la redacción de la cláusula que regula el funcionamiento del tipo de interés variable dificulta la comprensión por el consumidor de sus consecuencias económicas en el devenir del préstamo. La cláusula se inserta de forma conjunta con una cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma. No constan simulaciones de escenarios diversos del comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. Además, tampoco consta información previa clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad.

La información suficiente es un hecho positivo cuya prueba incumbe al banco demandado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También pesa sobre el banco la carga de probar que la estipulación que fijó una cláusula suelo fuese negociada individualmente (STS 241/13 de 9 de mayo, 222/15 de 29 de abril, 265/15 de 22 de abril). Sin embargo, la demandada no ha practicado prueba alguna al respecto.

Por todo ello y de conformidad con las razones jurídicas expuestas, procede estimar la pretensión principal de la demanda y declarar el carácter abusivo y nulo de la cláusula suelo. El banco demandado deberá devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el inicio del préstamo con los intereses legales desde la fecha del cobro indebido. La suma a devolver por el banco resultará de restar, a la cantidad efectivamente cobrada, aquella que debería haber cobrado como consecuencia de calcular el interés remuneratorio del préstamo mediante la suma del euríbor al diferencial convenido sin aplicar el suelo.

CUARTO. La parte demandada alega que la demandante carece de legitimación activa y su acción de objeto en virtud de transacción acordada por las partes el 20 de mayo de 2014.

El Tribunal Supremo en su sentencia 489/18 de 13 de septiembre señala que la existencia de una cláusula abusiva y nula por falta de transparencia no impide al consumidor en el ejercicio de la autonomía privada de su voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hace, convenir con el empresario fruto de una negociación la sustitución de aquella cláusula por otra que ya no adolezca de ese defecto, ni sea fruto de un consentimiento viciado. Naturalmente, como señala el Tribunal Supremo, la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

En tal caso, existe una transacción que conforme al artículo 1809 del Código Civil es un contrato que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos (STS 751/09 de 30 de noviembre). Este contrato impide "exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional", pues en adelante solo la transacción regula las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida (STS 41/1999 de 30 de enero).

Y la sentencia 205/18 de 11 de abril expresa que se trata de una transacción si las partes declaran que ratifican la validez de los préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado. Esta transacción puede celebrarse en un momento en que existe una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos originales, como por ejemplo cuando se dictó la sentencia 241/2013 de 9 de mayo. Evitar una controversia judicial sobre la validez de dos concretas cláusulas y sus efectos es la causa de la transacción, que es válida siempre que no se aprecie falta de transparencia y la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.

Por su parte, la sentencia 558/2017 de 16 de octubre entendió que el artículo 1208 del Código Civil "determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada" y consideró que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no queda convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les reduzca la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, "pues no constituye un acto inequívoco de voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria".

Ahora bien, la sentencia 489/18 de 13 de septiembre aclara que el anterior criterio expresado por la sentencia 558/2017 de 16 de octubre se aplica porque no existe un acuerdo de modificación de la cláusula suelo y tan solo se deja de aplicar esta durante un periodo de tiempo.

La doctrina del Tribunal Supremo debe entenderse a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, y de los cuatro pronunciamientos que contiene en respuesta a las cuatro cuestiones planteadas:

En primer lugar, esta resolución señala que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se opone a que tenga eficacia vinculante respecto al consumidor un acuerdo por el cual un profesional y un consumidor modifican una cláusula abusiva, confirman la validez del contrato inicial y renuncian mutuamente a ejercitar acciones que traigan causa de su clausulado, siempre que el consumidor haya prestado un consentimiento libre e informado. Este pronunciamiento es similar al de la sentencia del Tribunal Supremo 489/18 de 13 de septiembre.

El consumidor tiene la facultad, celebrando un contrato con el profesional, de novar la cláusula de que se trate, confirmarla o incluso renunciar a invocar ante los tribunales su carácter abusivo, siempre que lo haga de manera libre e informada. Y puede ejercer su facultad de renuncia mediante la celebración con el profesional de una transacción amistosa relativa a dicha cláusula, ya sea por la vía judicial o extrajudicial.

Este acuerdo constituye un contrato que, por un lado, está sujeto a las normas generales y especiales del Derecho contractual que le es aplicable y, por otro lado, puede estar comprendido, como cualquier otro contrato entre un profesional y un consumidor, en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En consecuencia, dicho acuerdo puede estar sujeto a control judicial. Ello implica comprobar, en particular, si las cláusulas de ese contrato han sido negociadas individualmente o, por el contrario, impuestas por el profesional y, en este último caso, si se han cumplido los imperativos de transparencia, equilibrio y buena fe que se derivan de la Directiva 93/13.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisa que una cláusula contractual no ha sido objeto de negociación individual, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando el consumidor no ha tenido la posibilidad real de influir sobre su contenido. Este extremo ha de apreciarse a la luz de las circunstancias concurrentes en el proceso de celebración del contrato y, en particular, del alcance del diálogo mantenido entre las partes en relación con el objeto de dicha cláusula. Cuando se trata de una cláusula tipo redactada de antemano, corresponde al profesional aportar la prueba de que esta ha sido objeto de tal negociación, de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva.

Una cláusula ha sido «negociada individualmente», cuando las partes hayan tratado específicamente de la cláusula en cuestión. Sin embargo, no ocurre así cuando la cláusula en cuestión ha sido redactada por el profesional «previamente» a cualquier negociación sobre la temática a la que se refiere. El criterio decisivo es determinar si el consumidor ha tenido o no la posibilidad de influir sobre el contenido de dicha cláusula. Se entiende que el consumidor ha tenido la posibilidad de influir sobre el contenido de una cláusula determinada cuando dicha celebración ha estado precedida de un diálogo entre las partes que ha brindado a aquel efectivamente la oportunidad de hacerlo.

En el caso de las cláusulas tipo redactadas previamente, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE establece la presunción de ausencia de negociación, que puede quedar desvirtuada por prueba en contrario, la cual corresponde acreditar al profesional.

Una cláusula de renuncia previa al ejercicio de acciones judiciales incluida en un contrato de compraventa o de prestación de servicios debe ser considerada en sí misma como abusiva y carece de trascendencia que dicha renuncia sea mutua. En cambio, la Directiva 93/13 no se opone a las cláusulas contractuales de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales cuando estas cláusulas estén incluidas en contratos, como una transacción, cuyo objeto mismo sea resolver un litigio existente entre un profesional y un consumidor. La clave está en distinguir la renuncia previa al conflicto, que es nula, de la renuncia posterior, que se efectúa una vez surgida la discrepancia entre las partes, la cual puede ser válida.

Por ello y en tercer lugar, el tribunal expresa que es abusiva la cláusula de renuncia mutua al ejercicio de acciones judiciales que no ha sido objeto de una negociación individual, salvo cuando se estipule en un contrato cuyo objeto mismo es resolver una controversia entre el consumidor y el profesional. En este caso será válida siempre que cumpla el imperativo de transparencia que resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la citada Directiva. A los efectos de transparencia, se considera que un consumidor medio comprende las

consecuencias jurídicas y económicas que se derivan para él si, en el momento en que celebra dicho contrato, es consciente del posible vicio que afecta a esta nueva cláusula, de los derechos que podría hacer valer en virtud de la referida Directiva a este respecto, del hecho de que es libre de firmar dicho contrato o bien negarse a ello y recurrir a la vía judicial y de que una vez convenida dicha cláusula ya no podrá hacerlo.

La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones judiciales puede considerarse incluida en el «objeto principal» de tal contrato, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En principio, estas cláusulas no están sujetas a una apreciación en cuanto a su posible carácter abusivo. Sin embargo, sí están sujetas al control de transparencia material. Una cláusula contractual es transparente, desde el punto de vista material, cuando un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso puede comprender las consecuencias, tanto jurídicas como económicas, que se derivan para él de dicha cláusula. En este marco, son asimismo pertinentes la publicidad y la información previa al contrato facilitadas por el profesional sobre las condiciones contractuales y las consecuencias para el consumidor.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son circunstancias relevantes para apreciar la falta de comprensión por el consumidor de las consecuencias de la transacción que:

- No exista una reclamación previa del consumidor dirigida a la supresión de la cláusula;
- La entidad bancaria no presente el acuerdo como una transacción, sino como un «contrato de novación» destinado a adaptar el contrato de préstamo hipotecario a los cambios en la coyuntura económica;
- La cláusula de renuncia sea extensa y no se limite a la cláusula suelo, sino que se refiera a todas las estipulaciones del contrato de préstamo hipotecario.
- El consumidor no haya dispuesto de un plazo de reflexión razonable antes de comunicar su decisión, porque no se facilitó la propuesta de contrato antes de su celebración y no tuvo ocasión de llevársela a casa, viéndose obligado a tomar una decisión en el momento.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no considera que la difusión en la opinión pública general de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo baste para presumir que el consumidor conocía las implicaciones de la nueva cláusula suelo. Además, la redacción de una cláusula manuscrita, conforme a un modelo impuesto por la entidad bancaria, que indica que el consumidor es consciente y entiende que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará de determinado interés mínimo, tampoco demuestra por sí que el consumidor comprende las consecuencias de la renuncia.

Sin embargo, en relación con la comprensión por el consumidor de las consecuencias de la transacción, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es concluyente en cuanto a la exigencia de que el consumidor supiese el coste económico concreto que implicaba dicha cláusula, de manera que pudiera conocer el tipo de interés que tendría que pagar y la cuota resultante que habría de abonar en ausencia dicha cláusula. No parece, pues, que el banco venga obligado a exponer al consumidor el montante concreto al que renuncia al transigir sobre la cláusula suelo.

Por ello y en cuarto lugar, el tribunal considera que para que el consumidor esté en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan de la nueva cláusula suelo, el contrato que la contiene debe exponer de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo al que se refiere dicha cláusula. En cambio, no

se puede exigir al profesional que exponga, de cara al futuro, las cuotas que tendría que pagar el cliente en ausencia de esa cláusula.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es claro al señalar que, si se aprecia la falta de transparencia, ello basta para declarar la nulidad de la estipulación.

QUINTO. El acuerdo de supresión del suelo ha sido aportado por ambas partes y la demandante pide su nulidad. Lo primero que llama la atención es la falta de cualquier otro documento que acredite una negociación entre las partes, tales como correos electrónicos o propuestas de acuerdos. Así pues, no consta que este cambio se produjera a iniciativa del consumidor demandante. Por otra parte, el acuerdo está confeccionado a partir de cláusulas prerredactadas por el banco. En consecuencia, la parte demandada no acredita que la alteración de la cláusula suelo se produjese en virtud de una negociación.

A falta de negociación, procede analizar la transparencia del acuerdo de supresión de suelo y renuncia al ejercicio de acciones. La demandada no ha aportado ningún documento ni practicado prueba que acredite que existía una reclamación previa del consumidor, que este dispuso de un plazo de tiempo razonable antes de la firma para valorar el documento o que junto a este contrato se explicara a la parte demandante el funcionamiento de la cláusula suelo y las consecuencias de la renuncia.

Esta concreta estipulación de supresión de la cláusula suelo empleada por Banco Mare Nostrum, hoy Bankia, ha sido objeto de pronunciamientos reiterados por parte de la Audiencia Provincial de Murcia. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no existe motivo para alterar el criterio de la audiencia, pues admite la validez del acuerdo en cuanto suprime el suelo, pero niega virtualidad para operar una renuncia.

Así, la Audiencia Provincial señala "En esas circunstancias descritas la renuncia (no expresa en todo caso) al ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula suelo inicialmente incorporada y a reclamar las cantidades abonadas de más no despliega efectos por falta de transparencia. Falta de transparencia que no implica la nulidad del acuerdo de 15 de enero de 2015, sino reducir sus efectos a lo que es su verdadero y transparente objeto: la eliminación desde la fecha convenida de la cláusula suelo. Y nada más" (SAP 648/2019 de 12 de septiembre; 41/2020 de 9 de enero).

SEXTO. La estimación de la demanda es parcial porque se acoge la pretensión de declarar nula la cláusula suelo de la escritura de 2009 pero no la de declarar la nulidad del acuerdo de 2014. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Murcia estima en supuestos idénticos al enjuiciado que las costas deben imponerse a la parte demandada conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien porque se estima una pretensión subsidiaria, bien porque la estimación es sustancial (SAP Murcia 433/19 de 6 de junio; 161/19 de 21 de febrero).

FALLO

Estimo parcialmente la demanda presentada por [REDACTED] frente a Bankia SA.

Declaro nula por abusiva la cláusula suelo contenida en la estipulación segunda de la escritura pública de préstamo hipotecario de 23 de julio de 2009. Condono a la demandada a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación de

la cláusula suelo desde el inicio del préstamo con los intereses legales desde la fecha del cobro indebido. La suma a devolver por el banco resultará de restar, a la cantidad efectivamente cobrada, aquella que debería haber cobrado como consecuencia de calcular el interés remuneratorio del préstamo mediante la suma del euríbor al diferencial convenido sin aplicar el suelo del 3,25%.

Desestimo el resto de pretensiones.

Condeno a la demandada a pagar las costas procesales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndose saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Murcia con arreglo al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso habrá de interponerse por medio de escrito presentado ante este Juzgado en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución. Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 €, debiendo ingresarlo en la cuenta del Juzgado, indicando en las observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso, seguido del código 00 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en el apartado 5º de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Lo pronuncio, mando y firmo por esta sentencia de la que se llevará testimonio a los autos.
[Redacted Signature] magistrado-juez de adscripción territorial del Juzgado de 1ª Instancia n.º 11 bis de Murcia.

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.

