

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 16
MURCIA**

SENTENCIA: [REDACTED]

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

CIUDAD DE LA JUSTICIA, AVENIDA DE LA JUSTICIA S/N FASE II C.P. 30011, MURCIA
Teléfono: 968277441-968229100, Fax: -
Correo electrónico: scgl.seccion3.murcia@justicia.es

Equipo/usuario: MMC
[REDACTED]
[REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE [REDACTED]

Procuradora Sra. ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado Sr. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO BANCO SABADELL SA

Procurador Sr. [REDACTED]

Abogado

SENTENCIA

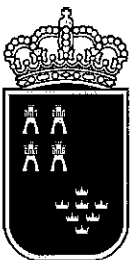
En Murcia, a 10 de Febrero de 2021.

Vistos por el Ilmo. [REDACTED]

Magistrado-Juez en Comisión de Servicio en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario [REDACTED] seguidos a instancia de [REDACTED] representado por la procuradora Sra. Bernal Barnuevo contra SABADELL S.A., representado por el procurador [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora formuló demanda de juicio ordinario sobre acción de nulidad por abusivas de la condición general de contratación sobre suelo inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertados por las partes el 24 de octubre de 2007 ante el Notario D. Sebastián Fernández Rabal, con número de protocolo 2.363., en la que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se declare la nulidad



de pleno derecho de las cláusulas objeto de la demanda con los efectos inherentes a dicha declaración.

SEGUNDO.- Emplazada en legal forma la parte demandada se personó y presentó escrito de contestación en el sentido de oponerse a la demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado que se desestime la demanda con expresa condena al pago de las costas procesales a la parte actora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las Sentencias de pleno nº 581 y 582/2020 de 5 de noviembre, se pronuncian sobre la validez de la modificación de la cláusula suelo de un préstamo hipotecario, consistente en reducir el tipo de interés mínimo, y también sobre la validez de la renuncia genérica al ejercicio de cualesquiera acciones que traigan causa del contrato de préstamo, o de liquidaciones y pagos anteriores a tal acuerdo reiterando la jurisprudencia de la sentencia de Pleno nº 205/2018, de 11 de abril, conforme a la doctrina de la STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/28).

En primer lugar, se declara que una cláusula potencialmente nula puede ser modificada; pero si no se hace de forma negociada individualmente y ha sido predispuesta por el banco es necesario que se cumpla el requisito de la transparencia.

En los casos de las sentencias, al tratarse de cláusulas predispuestas, el TS aplica las pautas de transparencia contenidas en la doctrina del TJUE. Toma en consideración principalmente el contexto en que se suscribió la novación, unos meses después de la sentencia de pleno nº 241/2013, de 9 de mayo, cuando ya existía un conocimiento generalizado de la posible nulidad de las cláusulas suelo. Considera asimismo que la nota manuscrita del cliente en la que manifestaba ser consciente de la limitación a la baja del tipo de interés, si bien no es indicio de que haya habido negociación, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia.

El requisito de la transparencia exige que el prestatario esté en condiciones de conocer las consecuencias económicas derivadas de la modificación (reducción del suelo), especialmente mediante la información de la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

En los casos examinados, la sala considera que la exigencia de tal información se cumplía teniendo en cuenta el conocimiento por el consumidor de la cuota periódica que había venido pagando, sobre la que incidía la evolución del índice; por el propio documento que especifica el valor del índice en

el momento del acuerdo; y por la publicación oficial y periódica de los índices de referencia oficiales por el Banco de España.

La renuncia al ejercicio de acciones, también predispuesta por el banco, debe ser sometida al mismo examen de transparencia, a fin de comprobar si el consumidor dispuso de la información pertinente para conocer las consecuencias jurídicas de la suscripción de la cláusula.

Al respecto, siguiendo la doctrina del TJUE, la sala declara la no vinculación del consumidor a la renuncia a controversias futuras sobre acciones basadas en derechos reconocidos por la Directiva 93/13 y, en consecuencia, la nulidad de las renunciaciones en estos casos por exceder de las acciones relativas a la validez del suelo y de pagos realizados hasta la fecha, extendiéndose a cuestiones ajenas a la controversia objeto de transacción.

En consecuencia, estimando solo en parte el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera, el Pleno declara la validez de la estipulación que modifica la cláusula suelo originaria, de manera que solo será válida la cláusula suelo rebajada en beneficio del consumidor, no la original y confirma la nulidad de la renuncia genérica de acciones que ya declaró la sentencia recurrida.

Por tanto, siguiendo esta doctrina, debe declararse nula y sin efectos los acuerdos de renuncia a las acciones de nulidad y continuar con el estudio de las cláusulas impugnadas.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión que se somete a consideración relativa a los controles de transparencia de cláusulas suelo este juzgador se ha de remitir a la doctrina contenida en la Sentencia 291/2016, de 12 de mayo, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, de la que es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fuentes Devesa, en la que se citan otras anteriores de la misma Sala. La referida sentencia en su FD 2 incluye la siguiente doctrina:

"Segundo. El control de transparencia de la llamada cláusula suelo.

1.- El análisis del control de transparencia de la cláusula limitativa de la variabilidad de los intereses debe efectuarse partiendo de que se trata de una condición general de contratación que define el objeto principal del contrato, y como ya ha dicho la Sala, entre otras en la Sentencia de 17 de septiembre o 22 de octubre de 2015, 28 de enero o 11 de febrero de 2016, descansa sobre las siguientes premisas:

"En primer lugar, esta cláusula es ajena al control de abusividad, si es transparente.

Así se desprende del art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en

los contratos celebrados con consumidores que dice «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 ».

Nuestra Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art 38 CE), y es consustancial al mismo que la determinación del precio del producto o servicio se haga con arreglo a las leyes del mercado y de la competencia, de manera que no cabe un control judicial del equilibrio de los precios (STS 406/2012, de 28 de junio), es decir, si son justos o no, pues la relación entre precios y contraprestación es una cuestión metajurídica, al venir determinada por la competencia. En palabras de la reciente STJUE de 30 de abril de 2014 "... la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control."

Por ello la STS de 5 de mayo 2013 concluye que "Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos", con lo que aclara su postura, y se desmarca de precedentes en sentido contrario (STS 1 julio 2010, como el más evidente y no mero obiter dicta).

En segundo lugar, la exigencia de transparencia de esta cláusula trasciende de la claridad documental.

La exigencia de transparencia de las cláusulas que se refieren al objeto principal o a la relación calidad/precio de la prestación para evitar la apreciación de su carácter abusivo, no se refiere solo al aspecto formal y lingüístico de la cláusula, sino que debe ser entendido de forma más amplia, comprensivo también de las consecuencias económicas que conlleva la aplicación de la cláusula contractual cuestionada, o su relación con las demás cláusulas del contrato

En las Conclusiones del AG de 12 de febrero de 2014 en el Asunto C 26/1380 al interpretar el art 4.2 de la Directiva concluye que "El examen del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, la información facilitada al consumidor en el momento de la celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de dichas cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas". Postura que -tal vez sin igual precisión - viene refrendada por la STJUE de 30 de

abril de 2014 al decir que la exigencia de transparencia el art 4.2 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 las consecuencias de esa la cláusula referida, así como la relación entre esta y las demás "de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"

En palabras del Tribunal Supremo en la STS de 9 de mayo 2013 "permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos", pues el control de transparencia es aquél que "... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

En tercer lugar, el control de transparencia no se agota con un control de los requisitos de incorporación.

Conectado con lo anterior, además del filtro de incorporación, en los contratos con consumidores, estas cláusulas generales referidas a lo que constituye el objeto principal del contrato deben superar el control de transparencia en los términos dichos, es decir, que permita conocer tanto la carga económica como la jurídica en los parámetros expuestos

Es lo el TS ha denominado doble filtro de transparencia: el primero, documental para todas las CGC, de manera que si se supera permite su incorporación, y un segundo filtro, reforzado o específico en contratos suscritos con consumidores para los elementos esenciales, que permita la comprensibilidad de la carga económica y jurídica del contrato en los términos expuestos

Se desprende de ello que el TS acoge la línea doctrinal que descarta que el control de transparencia se ubique en el control de incorporación, al sostenerse que el deber de transparencia del art 4.2 de la Directiva tiene una naturaleza especial

En cuarto lugar, el control de abusividad de esta cláusula es un control de transparencia que afecta a la relación precio y contraprestación en perjuicio del consumidor

Del art 4.2 de la Directiva, con arreglo a la cual debe ser interpretado el Derecho nacional para alcanzar el resultado

que dicha Directiva persigue (principio de interpretación conforme, STJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C 240/98 a C 244/98) y que constituye una norma de mínimos (STJUE caso Caja Madrid), se desprende que el consumidor puede alegar el carácter abusivo de una cláusula que se refiriera a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre el precio y los servicios o los bienes que habían de proporcionarse si no es transparente (como se deduce de la STJUE Comisión/Países Bajos de 10 de Mayo de 2001)

Por tanto, la abusividad se puede declarar (a) si se trata de cláusulas que no definen el objeto del contrato (las que un sector doctrinal denominada "contenido normativo" del contrato) por existir en perjuicio del consumidor un desequilibrio importarte de los derechos y obligaciones, y (b) si se trata de cláusulas que definen el objeto del contrato, por ausencia de transparencia que afecte a la relación precio y contraprestación.

Como se afirma en la doctrina, si por defecto de transparencia una cláusula relativa al objeto principal del contrato no ha podido ser valorada por el consumidor, se altera el acuerdo económico que creía haber concertado con el empresario.

No se trata (porque no es posible por imperativo del art 38 CE) de valorar si el precio es justo o no, o la contraprestación cara o barata, sino si por ese déficit de transparencia se ha defraudado la expectativa que, a partir de la información suministrada por el empresario, se había representado el consumidor sobre el precio a abonar por la contraprestación a recibir.

Dicho de otra manera, lo que justifica aquí la abusividad no es el desequilibrio contemplado en el art 10 bis LGDC (actual art 82 LGDCU) en los términos propuestos por la entidad bancaria, sino el perjuicio del consumidor que ve frustradas sus legítimas expectativas económicas al comprobar que el precio por una determinada contraprestación (que fue lo que tuvo en consideración para decidirse a contratar con ese empresario) se ve alterado a posteriori por la aplicación de una cláusula definitoria del objeto esencial del contrato, pero que no se tuvo en cuenta por la ausencia de transparencia. Alteración que será perjudicial para el consumidor-adherente (pues de lo contrario no tiene sentido plantearse su nulidad, art 8.1LGDC) al implicar una mayor carga económica para obtener el producto o servicio respecto de la que razonable estaba prevista.

En el caso concreto de la cláusula suelo, la abusividad no deriva, pues, de que en sí misma no sea clara y comprensible (ello afecta a la incorporación) sino si esa cláusula, por falta de transparencia, en su aplicación en el conjunto del

contrato, implica una quiebra de las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de interés que estimaba que estaba contratando: pensaba que contrataba un préstamo con interés variable (ya a la baja ya al alza) cuando solo podía serlo, llegado un momento, al alza, de manera que se distorsiona así el acuerdo económico que motivó el contrato.

Así dice la STS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015 "El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), 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, de entre los varios ofertados.

Por tanto, 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."

2. El Alto Tribunal en la sentencia de 9 de mayo de 2013 identifica seis razones diferentes cuya conjunción determina que las cláusulas suelo analizadas en esa sentencia fueron consideradas no transparentes, pero como se dice en el mismo Alto Tribunal en el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 dichas "... circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo ". E inmediatamente añade, en el apartado 2.2 rubricado "No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado" lo siguiente "También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el 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, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el

futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas."

3. Por tanto, lo relevante es comprobar si los consumidores estaban perfectamente informados del funcionamiento de esa cláusula, si bien es verdad que esos parámetros son pautas que permiten arrojar un grado de seguridad a la hora de verificar este "test de transparencia".

Por lo demás y a los efectos de aclarar los efectos que produce la intervención de determinar el nivel de información que se le presta al consumidor por la intervención de los Notarios como fedatarios públicos a los efectos de justificar que a los prestatarios se les informa sobre el contenido y alcance de las cláusulas objeto del contrato se ha de poner de manifiesto que el Tribunal Supremo viene indicando con reiteración que la necesidad de la información precontractual no queda excluida por la actuación de los notarios durante la firma del contrato. En este sentido se ha de citar por todas, la reciente Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 36/2018, de 24 de enero, con cita de otras anteriores como Sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio. Indica la referida sentencia en su FD 6 que "El problema no radica en la información prestada al tiempo de la firma del contrato, sino en la ausencia de la reseñada información pre-contractual, muy relevante en este tipo de contratos en que la escritura de préstamo hipotecario se otorga por el prestatario al mismo tiempo en que firma la escritura de compra del inmueble, cuyo pago es objeto de financiación. De tal forma que, aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, en este caso el anexo I, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. Bastaba que se acreditara que la información contenida en el anexo I le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación al interés variable por debajo. De tal forma que, si hubiera quedado acreditado el cumplimiento de la información precontractual, de lo que no deja constancia la sentencia recurrida, no habría duda de la transparencia de la cláusula y

por lo tanto no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo".

En conclusión, para solventar la cuestión se pone el acento no en la información que se facilita a la firma del contrato y/o la post-contractual sino en la precontractual. Se trata de determinar si con antelación suficiente a la celebración del contrato se le ha suministrado al consumidor una información bastante sobre el contenido y alcance tanto económico como jurídico de la cláusula.

En otras palabras, se trata de determinar si el profesional, en este caso la entidad bancaria prestamista, ha acreditado que el consumidor/a, la parte prestataria demandante, a la hora de contratar ha adoptado su decisión económica después de haber sido informada cumplidamente del alcance y contenido de la cláusula objeto de controversia lo que ha de verificarse no solo mediante el examen del contenido o forma en la que está redactado el contrato sino a través del resto de los elementos probatorios que existen en el procedimiento.

En el mismo sentido se pronuncia Sentencia 218/2018, de 11 de abril, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sección 1ª la se trata dos cuestiones, la primera es la relativa al deber de información precontractual del banco prestamista en contratos de préstamo no directos con el consumidor sino concertados mediante la subrogación del comprador consumidor en la posición del vendedor de una vivienda, generalmente lo es el promotor que recibió un préstamo para la construcción en el que por lo general no solo se produce la subrogación del comprador sino que, además, se suelen modificar alguna o algunas condiciones del préstamo, y la segunda, la relativa a la reiterada jurisprudencia que, como se ha expuesto, declara que la intervención notarial no basta por si sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo.

La referida Sentencia en su FD QUINTO expone:

"Decisión del tribunal. Estimación del motivo

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial incurre en la infracción legal denunciada. Declara que la cláusula suelo es válida por aplicación de criterios propios de los contratos por negociación. Sin embargo, nos encontramos ante una condición general de un contrato celebrado con consumidores, por lo que han de ser aplicados los criterios propios de este tipo de contratación en masa y, en concreto, los propios del control de transparencia que, aplicado a las llamadas "cláusulas suelo", han sido desarrollados por este tribunal en una extensa jurisprudencia.

2.- La referencia que la sentencia contiene a la existencia de negociación ha de entenderse como una valoración jurídica, revisable en casación, y no como una afirmación de hechos. Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de



ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada.

Habrà podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo.

Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociada.

Por otra parte, la referencia que la sentencia hace a la existencia de negociación se ve contradicha por la afirmación de que es procedente realizar el control de transparencia, que es propio de las condiciones generales de los contratos celebrados con los consumidores.

3.- Que se trate de una subrogación en el préstamo concedido al promotor, y de una novación del mismo, no excluye la obligación de la entidad predisponente de facilitar al contratante una información, sobre todo en la fase previa a la celebración del negocio jurídico, que sea suficiente para que el cliente tenga adecuado conocimiento de esa importante limitación a la variación a la baja del tipo de interés y de su trascendencia en la economía del contrato.

4.- La falta de información adecuada por parte de Unicaja sobre la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario que se novaba para que sirviera a los compradores para financiar la compra de la vivienda conlleva que dicha cláusula no fuera transparente, puesto que los compradores no pudieron apercibirse de la existencia de la cláusula, que limitaba drásticamente las posibilidades de bajada del tipo de interés en un préstamo que se suponía concedido a interés variable, y de su trascendencia en la economía del contrato.

No basta con afirmar, como hace la sentencia recurrida, la suficiencia de la información dada a los clientes, sin precisar

en qué consistió la información facilitada, tanto más cuando la propia Unicaja ha sostenido la improcedencia de haber facilitado a los demandantes, antes de la celebración del negocio jurídico, la información escrita exigida reglamentariamente en aquel momento, con lo que está tratando de justificar la ausencia de esa información.

5.- La valoración de la suficiencia de la información suministrada, pese a apoyarse en hechos, es jurídica y, por tanto, revisable en casación, de modo que determina la revocación de la sentencia recurrida cuando esta parte de una concepción del alcance de los deberes de información del predisponente y de la conducta que debe observar el consumidor, con relación al control de transparencia de las condiciones generales y en concreto de la que contiene una cláusula suelo, que contradice la jurisprudencia de esta sala.

El hecho de que, como consecuencia de la subrogación en el préstamo hipotecario concedido al promotor, este fuera novado, con una ampliación de su importe y de su plazo de devolución (que es lo usual en la inmensa mayoría de los casos de compra de primera vivienda), no significa que los prestatarios tuvieran un especial conocimiento del contenido del contrato y, en concreto, de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo.

Tampoco exime a la entidad bancaria de su deber de informar adecuadamente al consumidor sobre tal extremo.

6.- En cuanto a la intervención notarial (que se produce en todos los casos de préstamo hipotecario y, por tanto, en la práctica totalidad de los contratos en los que se incluye una cláusula suelo), es reiterada la jurisprudencia de este tribunal que declara que no basta por sí sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo, en especial por la trascendencia que la información precontractual tiene en este tipo de contratos y por la práctica imposibilidad que tiene el consumidor de rechazar en la Notaría la firma de la escritura de préstamo hipotecario en cuanto que le es indispensable para poder pagar el precio de la vivienda cuya escritura de compra suele firmarse simultáneamente a la escritura de préstamo hipotecario.

7.- La Audiencia Provincial hace referencia a una serie de conceptos (literalidad del contrato, consentimiento de las partes, libertad de pactos, fuerza vinculante de los contratos) que son más propios del control de validez de los contratos por negociación o de la interpretación de los mismos. Pero lo que se plantea en este litigio es el control de transparencia de una condición general de la contratación, y son los criterios propios de este tipo de contratos de adhesión y de estas cláusulas, recogidos en la extensa jurisprudencia de este tribunal sobre esta cuestión y en la jurisprudencia del TJUE,



los que debieron ser aplicados por la Audiencia Provincial y no lo fueron.

Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial debe ser revocada y el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimado".

En esta sentencia se rechaza la doctrina que sostiene que el mero o simple hecho de tratarse de una subrogación con novación de un préstamo concedido a vendedora no implica per se que hubiere existido negociación ni que se hubiese informado al prestatario-consumidor del contenido o alcance económico y jurídico de la cláusula suelo para así evitar la carga de la prueba que al respecto le viene imponiendo la jurisprudencia en el sentido que ha de ser el prestamista profesional el que debe de probar que ha negociado individualmente con el consumidor la cláusula suelo, a los efectos de considerar que no se trata de una condición general predispuestas, y que le ha informado con la antelación suficiente sobre la carga económica y legal o jurídica que supone para él este tipo de cláusulas y se reitera, como se ha expuesto, que la intervención notarial no basta por si sola para la superación del control de transparencia de la cláusula suelo que exige un plus de información contractual en cuya virtud la entidad bancaria prestamista ha de informar de manera clara y comprensible en el sentido de explicar al prestatario consumidor el verdadero y real alcance económico y jurídico que para él tendrá la aplicación de la cláusula suelo durante toda la vigencia del contrato; cláusula suelo cuya virtualidad u operatividad no es otra que la de convertir el préstamo en un préstamo no a interés variable sino en un verdadero préstamo a interés fijo "mínimo". Se trataría de explicar al consumidor de manera clara y comprensible para él que durante el primer año del contrato se aplicará un interés fijo que le obliga a pagar una cota mensual de X euros y que a partir siguiente año y durante toda la vigencia del contrato se aplicará un tipo de interés "mínimo" que le obligará a pagar una cuota mensual que como "mínimo" será de Y euros mensuales que podrá verse incrementada en el supuesto que el tipo de referencia pactado más el índice correcto supere a ese tipo mínimo pactado. Siendo ello así sumamente fácil resulta entregar al consumidor la tabla de amortización del primer año y la tabla mínima de amortización para los años sucesivos con la precisión de que esta última puede verse incrementada. Esta es y no otra la forma que, a juicio de este juzgador, se le facilita de manera clara y comprensible al consumidor cual será la carga económica mínima que para él supondrá el préstamo que tiene intención de contratar o lo que es lo mismo el precio mínimo que deberá de abonar como contraprestación por el capital recibido en



concepto de préstamo. Esta tabla de amortización mensual que tan normal y general resulta en los préstamos personales cuya finalidad es la adquisición de otro tipo de bienes se hecha a faltar en los préstamos como el que es objeto de la presente litis.

Así mismo resulta oportuno hacer referencia a la doctrina contenida en la Sentencia número 77/2018, de 8 de febrero, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en especial porque se trata de una Sentencia dictada en un procedimiento en el que la parte demandada fue, precisamente, el Banco Popular Español SA, en un supuesto análogo al que nos ocupa sobre cláusula suelo, en la que también se refirió la defensa del Banco al valor de la acción colectiva. La citada sentencia, de la que también es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fuentes Devesa, se refiere, en lo fundamental, al valor de la acción colectiva a la que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 aclarada por la Sentencia de 8 de junio de 2017.

La misma en sus fundamentos de derecho segundo y tercero expone o sienta la siguiente doctrina:

"Segundo. Delimitación del ámbito de la apelación. La falta de validez de la cláusula suelo declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

1. A la hora de enjuiciar la falta de validez de la cláusula suelo litigiosa, no podemos perder de vista que la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 2015, en el seno de una acción colectiva de cesación contra la entidad demandada (entre otras), declara la nulidad de una cláusula sobre límites a la variación del tipo de interés variable del préstamo hipotecario contenida en una escritura de préstamo hipotecario literalmente igual a la que aparece en el caso presente (con la sola alteración del tipo del suelo) como se deduce de su cotejo (folio 201) y el fundamento cuarto de la referida sentencia.

Sobre la trascendencia que ello supone nos pronunciamos in extenso en nuestras sentencias de 17 de noviembre y 1 de diciembre de 2016 y 21 de septiembre. Dejamos constancia de la problemática de la relación entre la acción colectiva de cesación y la acción individual de nulidad contempladas en los art 12 y 9 de la Ley 7/1998 analizada en nuestra sentencia de 29 de junio de 2017 en la que nos hacíamos eco de la sentencia de TS de 8 de junio de 2017 que se pronuncia sobre esta espinosa materia y en la que sienta la siguiente doctrina, al emanar del Pleno:

" La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía

siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predispone en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual." (remarcado añadido)

Por tanto, huelga reiterar lo que ya ha sido resuelto por el TS al analizar la transparencia de la cláusula litigiosa empleada por BANCO POPULAR, por lo que queda así reducida la litis a comprobar si concurren en este caso esas circunstancias excepcionales que el TS reseña para que se pueda predicar en este caso concreto la transparencia de la cláusula

2. Ello se hará atendiendo a las pruebas practicadas, sin perder de vista que como tribunal de apelación es posible una nueva valoración de la prueba, sin limitación alguna, como contundentemente afirma la STS de 4 de diciembre de 2015

2.1 En cuanto al perfil del consumidor, nada se dice sobre su cualificación, y solo consta que en 2015 era mecánico uno y desempleada otra. Nada apunta, pues, a que estuvieran dotados de ese plus de conocimiento para considerarles unos clientes expertos que pudieran en el momento de concertar el contrato, y sin precisar un examen minucioso e intensivo, aprehender el alcance y sentido económico y jurídico de la cláusula litigiosa, cuando la misma no aparece destacada.

2.2 Respecto del segundo parámetro a verificar relativo a la información suministrada por la entidad prestamista, lo único probado es la intervención notarial en la escritura de novación del préstamo de 4 de junio de 2007, sin que conste oferta vinculante, ya que la aportada se refiere al inicial préstamo de 2005, pero que en todo caso, atendido sus términos, es insuficiente para atender el requisito de transparencia, según ha reiterado hasta la saciedad este Tribunal. Por todas, reproducimos lo argumentado al respecto en la sentencia de 29 de junio de 2017, con apoyo en la STS de 8 de junio de 2017.

"... en cuanto a la intervención notarial, la sentencia comentada refiere la previa doctrina según la cual la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia (STS 8 de septiembre de 2013) y que la intervención del notario, al final del proceso no parece que sea el momento más adecuado para que el

consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de aquello que acaba de comprar y por cuyo pago precisa la suma del préstamo (STS de 24 de marzo de 2015).

En segundo lugar, remarca la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, con cita de jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb; de 26 de febrero de 2015, caso Matei; de 23 de abril de 2015, caso Van Hove, y 21 de diciembre de 2016, caso Gutiérrez Naranjo) y concluye

[...] "...cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual" (remarcado añadido)

Y al analizar la oferta vinculante ...se deduce que por sí sola su existencia no es bastante cuando "... no consta que se diera un tratamiento informativo adecuado a la cláusula suelo".

2. En definitiva, deducimos de esta doctrina jurisprudencial que es preciso que, con una antelación suficiente a la firma del contrato, se facilite al consumidor la información relativa a la cláusula suelo, remarcando que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, de modo que pueda conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas. Es decir, algo más que se aparte de las pautas estandarizadas de comportamiento tomadas en consideración por el TS al estimar la acción colectiva"

3. En definitiva, se estima el error en la valoración de la prueba y la indebida aplicación de la normativa y jurisprudencia, por lo que recurso debe ser estimado, y la sentencia revocada, por falta de transparencia de la cláusula suelo impugnada, con remisión a lo ya dicho por el TS en la sentencia citada ante una cláusula idéntica, pues concurren los parámetros que ya indicó el TS en la sentencia de 9 de mayo de 2013 reflejados en la sentencia impugnada, que incorrectamente no los aplica, resultando innecesaria su reproducción, y que permiten rechazar los argumentos desplegados por la apelada en su oposición al recurso

Tercero. Otros argumentos

1. No queda desvirtuado lo dicho por las restantes argumentaciones expuestas en la sentencia apelada antes reproducidas por lo siguiente

1.1 Al margen de que no hay ocultación en la demanda de que la escritura de préstamo es novación de una anterior, el que la inicial de 2005 hubiera una cláusula suelo del 3% no significa que los actores conocieran su alcance económico y jurídico cuando novan el préstamo en 2007 y se fija un suelo del 4%.

Hemos dicho, entre otras, en sentencia de 17 de noviembre de 2016

"El que pudieran haber negociado ciertas cláusulas en la novación (vgra ampliación del crédito, plazo de amortización o tipo de interés) no implica que las demás (como esta limitación a la variabilidad) también lo haya sido. Como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 "... la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes...".

Máxime cuando no hay dato que permita afirmar que alcanzaran a comprender su verdadero alcance económico en el inicial préstamo, pues no consta que antes de junio de 2007 se produjera la aplicación efectiva de la cláusula, atendida la evolución de los tipos.

Es más, el tenor de la propia escritura es revelador de que el énfasis en la novación se puso en la ampliación de la suma prestada, y la modificación del tipo de interés a aplicar, sin destacar para nada el cambio en el "suelo", que aparece en la modificación segunda, desapercibida, sin ningún tipo de remarque o elemento que lo destaque. En cuanto a la tolerancia de la cláusula suelo controvertida durante varios años, hemos reiterado en múltiples ocasiones que no son actos propios reveladores del conocimiento por su parte de las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de la cláusula litigiosa. Así, en la sentencia antes dicha apuntamos las razones siguientes

" i) los actos que adolecen de nulidad radical o de pleno derecho no son susceptibles de convalidación por confirmación tácita; ii) el momento que debe tenerse en consideración para determinar si los demandados conocían las consecuencias económicas de la cláusula suelo es el momento de la celebración del contrato; iii) la reclamación posterior es coherente con la falta de transparencia porque es el momento en se aperciben de sus efectos al no operar la cláusula del precio que ellos creían razonablemente aplicable (Euribor más el diferencial correspondiente) y , en su lugar, se aplica sorpresivamente, la cláusula suelo cuyas consecuencias desconocían, por lo que esa reclamación no es una conducta que signifique inequívocamente conocimiento real de la cláusula, al admitir explicaciones alternativas, como la ignorancia sobre la significación."

Consideraciones que reiteramos cuando la STS de 16 de octubre de 2017 concluye que la falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta y que no es posible su convalidación".

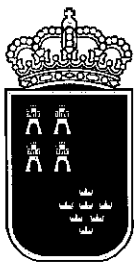
TERCERO.- Lo expuesto conduce a una clara conclusión, a saber, la Audiencia Provincial de Murcia ha resuelto ya supuestos idénticos al que nos ocupa en los que las argumentaciones

esgrimidas por la defensa de la demandada suelen ser análogas por no decir idénticas ya que estas vienen reproduciéndose que una y otra vez en los numerosos procedimientos en los que está inmersa por la utilización de cláusulas suelo en sus contratos. Siendo ello así este juzgador considera que basta la aplicación de la doctrina expuesta para desestimar la oposición formulada por la entidad demandada frente a la pretensión de nulidad de la cláusula suelo controvertida postulada por la demandante máxime si se tiene presente que la única prueba que en la que la parte demandada se apoya para acreditar sus argumentos sobre la supuesta negociación individual e información al consumidor, alcance y contenido de la misma, es una mera referencia de las declaraciones que realiza el notario a la existencia de una oferta vinculante que no se aporta siquiera por la parte demandada ni figura unida a la escritura en la que se formaliza el contrato, que, a mayor abundamiento, tan solo servirían para acreditar que la cláusula cumple con el control de incorporación.

CUARTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad demandada debe acudirse a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), que modificó la jurisprudencia emanada de las Sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo.

En este sentido la Sentencia del TJUE considera que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013, y que esta jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Lo anterior implica que en estos supuestos la demandante es acreedora y la demandada deudora de todas las cantidades que



primera ha pagado indebidamente a la segunda o lo que es lo mismo de la cantidad que la segunda haya cobrado indebidamente a la primera como consecuencia de la indebida aplicación de la cláusula suelo cuya nulidad se declara más del interés legal del dinero de las sumas indebidamente satisfechas desde la fecha en la que la demandante realizó cada uno de los pagos indebidos hasta la de la presente resolución (artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil) que será el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta la de su completo pago (art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La obligación de la demandada de restituir las cantidades indebidamente cobradas implica a su vez que la misma se vea obligada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo, según lo expresamente pactado, sin aplicar la cláusula limitadora del tipo de interés remuneratorio variable. La demandada puede cumplir esta obligación voluntariamente, para ello el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un plazo de veinte días espera para la ejecución, o no hacerlo lo que facultará a la demandante a instar la ejecución acudiendo a lo establecido en el artículo 720 en relación con el 718 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, los efectos de la nulidad de pleno derecho imponen a la demandada, por imperativo legal, las siguientes obligaciones: a) abstenerse de aplicar la cláusula (ya lo ha cumplido toda vez que según consta suspendió su aplicación); b) eliminarla a su costa del contrato; c) recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo a interés variable concertado por las partes según lo expresamente pactado si incluirla, y d) abonar a la actora las cantidades que haya pagado indebidamente como consecuencia de su aplicación, más el interés legal del dinero de cada una de las cantidades indebidamente pagadas desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la presente resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago; cantidad que, como se ha expuesto, deberá determinarse, en su caso, en ejecución de sentencia.

Por otra parte, no debe estimarse la excepción de la prescripción, puesto que si bien es cierto que, de acuerdo con la doctrina de la AP de Murcia, la acción de resarcimiento está sometida a prescripción, que en este caso sería de 15 años, el último de los pagos por lo que el plazo se interrumpió y la acción no está prescrita.

QUINTO.- El art. 394 L.E.C. señala que: "en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones,

salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad".

Estimada la demanda procede imposición de costas procesales a la demandada.

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

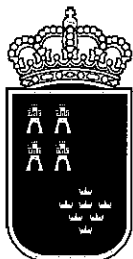
FALLO

Estimar íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED], contra BANCO SABADELL S.A. y:

1. Declaro la nulidad de pleno derecho por abusivas y por no puestas la cláusula limitativa del tipo de interés remuneratorio variable (cláusula suelo) que figura inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el 24 de octubre de 2007 ante el Notario D. Sebastián Fernández Rabal, con número de protocolo 2.363 al establecer un límite en las revisiones del tipo de interés nominal pactado consistentes en un mínimo anual (suelo), y, en su consecuencia, condeno a la demandada: a que abone o restituya a la parte actora las cantidades que ha pagado indebidamente como consecuencia de su aplicación más el interés legal del dinero de cada una de las cantidades indebidamente pagadas por los demandantes desde la fecha de cada uno de los pagos y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta sentencia no es firme y contra ella podrán interponer Recurso de Apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días para su resolución por la Audiencia Provincial de Murcia.





Así por ésta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón definitivamente juzgado en primera instancia, 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.

