

**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:
Equipo/usuario: MRR

OR5 ORDINARIO CONTRATACION [REDACTED]

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado/a Sr/a. SONIA MARTINEZ GALLEGO

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

En Murcia, a 14 de octubre de 2021

Vistos por [REDACTED], Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 16 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario en ejercicio de ACCIÓN DE NULIDAD seguidos con el núm. [REDACTED] a instancia de [REDACTED] representado por la procuradora Doña Rocio Barrionuevo Bernal y asistido de la letrada Doña Sonia Martínez Gallego frente a Banco Santander, representado por la procuradora Doña [REDACTED] y asistido del letrado [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 28 de octubre de 2020 fue turnada a este Juzgado, demanda de juicio ordinario formulada por la representación procesal de [REDACTED] frente a Banco Santander SA, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estima de aplicación, interesa en el suplico de su escrito que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la cláusula suelo del 3,25% existente en el otorgando IV de la escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario de 21 de diciembre de 2005, Protocolo 2803; subsidiariamente, para el supuesto de que se apreciase la excepción de cosa juzgada parcial de la nulidad de la citada cláusula suelo, que se declare judicialmente en el proceso sobre la obligación de restitución de cantidades solicitadas a continuación, sin que ello impide la condena en costas a la parte demandada; se condene a la entidad demandada a restituir a su representada los intereses cobrados en aplicación de la cláusula suelo impugnada del 3,25% desde la entrada en vigor de la aplicación de la misma, cantidades a determinar en ejecución de sentencia, quedando fijadas en este suplico las bases; se condene a la entidad demandada al pago de los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta el día de la sentencia rectora de autos y al pago de los intereses procesales del artículo 576 de la LEC, que se deriven desde



el dictado de la sentencia y hasta su completo pago, y todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO: Mediante decreto de fecha 7 de mayo de 2021, se admite a trámite la demanda y se emplaza a la parte demandada para que presente su escrito de contestación.

TERCERO: En escrito de fecha de 7 de junio de 2021 la representación procesal de la demandada, contestó la demanda, interesó el dictado de sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, efectuando expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

CUARTO: En diligencia de fecha de 8 de junio de 2021 se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa el día 8 de octubre de 2021.

QUINTO: El día previsto con la asistencia de ambas partes, se procedió a la celebración de la audiencia previa.

Tras ratificarse las partes en sus respectivos escritos, y solventar la cuestión procesal invocada por la demandada, se procedieron a fijar los hechos objeto de controversia, y propuesta prueba, tras la admisión de la que se consideró pertinente y necesaria, a saber, solo documental, se declararon conforme a las previsiones del artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los autos pendientes de resolución, iniciándose el plazo para resolver.

SEXTO: En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Sobre la pretensión de la actora.

Ejercita la parte actora en su demanda, al amparo de los artículos 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y artículo 8 de la Ley 7/1998 una acción tendente a que se declare nulas la cláusula denominada "cláusula suelo" inserta en la escritura de 22 de octubre de 2008 y como consecuencia de tal declaración que se condene a la demandada a restituirle las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso, correspondientes desde la aplicación de la referida cláusula suelo, y todo ello, con sus intereses legales, más las costas del procedimiento.

Frente a dicha pretensión, se alza la demandada que postula la validez de la cláusula cuestionada afirmando que existió información, que nos hallamos ante un supuesto de subrogación hipotecaria, que a solicitud del prestatario se modificaron algunas cláusulas, entre ellas, la cláusula cuestionada y que tiene una redacción clara y fácilmente comprensible, superando la cláusula el control de incorporación y transparencia.

SEGUNDO: Sobre la cláusula suelo.

Al hilo de la tesis que postula la demandada, y dado que en la escritura que nos ocupa, contiene en la estipulación IV de la novación la cláusula suelo al tipo mínimo del 3,25% máximo de 11,75%, y dado que en efecto, la escritura que nos ocupa integra compraventa con subrogación y presumiendo este operador que el préstamo en el que se subrogó la actora de

fecha 26 de agosto de 2004 no contenía la cláusula suelo (obsérvese que en dicha estipulación meramente se dice que se elimina el párrafo segundo sobre límite de variabilidad a efectos hipotecarios, no obligacionales) para solventar conveniente esta controversia conviene recordar que si bien es cierto que nos hallamos en el supuesto de autos ante una escritura de compraventa con subrogación en la que el actor consumidor, condición que no se cuestiona por la demandada, se subrogó en la hipoteca que gravaba la finca objeto de compraventa, hipoteca que contenía es de presumir y como se ha dicho, la cláusula cuestionada, para solventar esta controversia, se estima oportuno traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4, de fecha 7 de febrero de 2019, que sobre la cláusula que ahora nos ocupa, vino a señalar y con cita de la doctrina del Tribunal Supremo y del TJUE: “*Y así la STS de 24/3/2015 refiere "Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre. 3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "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". La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que 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. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone*

para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato". Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que 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. 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. 4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer "de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste". La STS de 9 de marzo de 2017 indica "Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse "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". Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. "[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (sentencias 406/2012, de 18 de junio, y 241/2013, de 9 de mayo (...)). Por la su parte, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que "el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13" (ap. 49), añade: "50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un 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 (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). "51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular".

Extrapolando la anterior doctrina al caso de autos, cabe observar primero, como la llamada "cláusula suelo" si bien recogida ella sola en la estipulación 4 de la novación, se inserta en la escritura, tras regular el plazo, el tipo de interés a aplicar hasta el 31 de diciembre de 2006, tipo variable a aplicar a partir de tal fecha, reducción del diferencial y bonificaciones e índice sustitutivo; resultando además que si bien es perfectamente comprensible en su redacción, impresionándose en mayúscula el título del apartado y el tipo mínimo y máximo, sin embargo la ubicación de esta estipulación no se aprecia adecuada al objeto de que los prestatarios fuesen conscientes de que se trata de una estipulación que afecta de manera esencial en el precio a pagar, tanto más cuando no consta una llamada de atención al cliente respecto de la verdadera significación económica de dicha cláusula y cuando en la misma estipulación se afirma que se suprime la limitación a efectos hipotecarios, que no obligaciones, contenida en el préstamo en el que se subrogaron los actores.

Dicho esto, y dado que a tenor de la doctrina expuesta, no es exigible únicamente un control de incorporación, que atiende a la "mera transparencia documental o gramatical", sino también un control de transparencia, que "cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez [...] la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado», siendo preciso que "la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", y como quiera que la demandada

alega que existió negociación sobre la cláusula cuestionada por cuanto existió una novación, al hilo de la tesis que postula la demandada y como quiera que apreciación de la abusividad y su efecto de nulidad vienen referidos a cláusulas que tengan la naturaleza de condiciones generales de la contratación o que no hayan sido negociadas individualmente, debe recordarse que en los contratos, como el que aquí nos ocupa, existe una presunción *iuris tantum* de que las condiciones incorporadas en el mismo no han sido negociadas por las partes sino que fueron elaboradas de forma unilateral por el predisponente con el fin de incorporarlas a éste y a una pluralidad de contratos de la misma clase, presunción que sin embargo, puede ser destruida mediante prueba en contrario, recayendo sobre el profesional la carga de acreditar que el consenso entre demandante y demandado existió, conforme a las previsiones del artículo 82.2 del TRLGDCU y como además ya lo estableciera el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 – recuérdese que esta resolución se señaló que *“la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 se afirmaba lo siguiente: « Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012 reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”*. Pues bien, dicho esto, y al margen de las afirmaciones de la actora lógicamente interesadas, ninguna actividad probatoria se ha desplegado a su instancia para acreditar ni tan siquiera presumir, que a la parte prestataria se le ofreciese con anterioridad y/o simultáneamente al otorgamiento de la escritura que nos ocupa por parte de la entidad financiera una información suficiente y adecuada a fin de que pudiera comprender la verdadera relevancia y repercusión económica de la cláusula que ahora nos ocupa ni que se le advirtiera de que la cláusula suelo era un elemento esencial de la escritura de préstamo hipotecario, ni tampoco obra prueba alguno de esa negociación individual que afirma; de hecho, no consta simulación alguna, ni información acerca del comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni tampoco la trascendencia de esta cláusula, ni información sobre el coste comparativo del contrato con cláusula suelo con otros productos de la propia entidad, ni finalmente consta que se le facilitara información complementaria sobre lo que supondría el pacto de ese tipo mínimo de interés que impediría al prestatario acceder en su préstamo a los tipos de interés más bajos del límite pactado que son habituales en nuestro país desde hace ya varios años (desde enero de 2009 el Euríbor no supera el 2,25%, siendo en estos últimos años inferior al 1%, e incluso a la fecha de esta resolución, la media en la mensualidad de octubre, es negativa, al tipo del -0,484%), impidiéndose así al prestatario consumidor comprender y conocer el verdadero reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés. Súmese finalmente a las consideraciones expuestas, primero, que la lectura del Notario de la escritura en el momento de su formalización no suple, como así lo tiene declarado la Jurisprudencia, la obligación de la entidad de informar debidamente sobre la cláusula en cuestión.

Pero es más, aun en el caso de que se entendiese que la cláusula cuestionada ya existía en la escritura en la que se subrogó la parte actora de fecha 26 de agosto de 2004, y que con motivo de la novación se habría minoró el tipo mínimo, pues como se dijera anteriormente, se ignora por cuanto meramente se transcribe en la escritura de subrogación alguna de las condiciones financieras de dicho préstamo, sin embargo en estos casos, como viene siendo reconocido por la jurisprudencia, se mantiene el deber de información de la entidad bancaria al cliente, quien no puede escudarse en la existencia de un promotor para eludir sus

obligaciones de información y transparencia. Es cierto, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores y en el caso que nos ocupa, la cláusula cuestionada se insertó en una operación concertada con el promotor; ahora bien, "admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores" y también que "es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato", la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, indicó en relación a la Falta de información en las cláusulas suelo/techo, que *"217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 218. 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."* De hecho, como indica la misma *"pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato."* También ilustrativa se aprecia la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia, de 10 de enero de 2019, que al hilo precisamente de tal tesis, indicó: *"Estamos ante una novación extintiva subjetiva, un cambio del deudor, y conforme al art. 1205 CC ello exige el consentimiento del acreedor a la subrogación. Como las condiciones del préstamo hipotecario las ha fijado la entidad prestamista y el nuevo deudor tiene la consideración de consumidor, ha de cumplir aquella con el control de incorporación conforme al artículo 8.2 en relación con el 80 y siguientes TRLCU respecto al control de contenido. En este sentido la STS de 24 de noviembre de 2017, aunque referida a otra condición general (cláusula suelo) pero aplicable por existir la misma razón y fundamento, ha establecido: "...debe precisarse que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue 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, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato (...) Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar 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 "*

En estas circunstancias, y habiéndose apreciado en el supuesto sometido a la consideración de este operador que la cláusula cuestionada que no supera el doble control de transparencia, es evidente que la tesis que invoca la entidad demandada en modo alguno puede prosperar, concluyéndose por tanto el sentido de declarar la nulidad de la cláusula suelo

en tanto en cuanto dicha estipulación no supera el control de transparencia en los términos exigidos legal y jurisprudencialmente.

TERCERO: Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Sobre este particular, y si bien hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, limitaba la restitución de las cantidades indebidamente abonadas a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, sin embargo la citada sentencia del TJUE ha declarado contraria al Derecho de La Unión esta doctrina del Tribunal Supremo, pudiendo citarse como principales argumentos los contenidos en los párrafos 73, 74 y 75, donde se puede leer, respectivamente: “*De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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. Así pues, 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, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)*”; “*En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70)*”; y “*De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión*”.

A tenor de lo resuelto por el TJUE en la citada sentencia, no es procedente por tanto limitar la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva, que por tanto opera desde la suscripción de la escritura de préstamo que nos ocupa, y la consiguiente aplicación de la cláusula suelo, por lo que ha acogerse la pretensión de condena que se interesa por la parte actora y condenar por tanto a la parte demandada a eliminar la cláusula impugnada de la escritura y a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas desde la aplicación de la cláusula suelo inserta en la escritura de préstamo hipotecario objeto de esta litis, hasta la fecha de su inaplicación, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las siguientes bases: La diferencia entre los intereses abonados por la cláusula suelo hasta que

su inaplicación y la cantidad que se hubiera debido pagar aplicando la fórmula del tipo variable más diferencial pactado en la escritura, y ello para el caso de que no procediese al cumplimiento voluntario de la presente resolución, con los intereses legales correspondientes desde las fechas de los respectivos abonos hasta su completa satisfacción.

CUARTO: Sobre las costas.

Establece el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

Pues bien, desde la anterior premisa legal y dado que desde la citada sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 antes citada, no existe margen alguna de duda sobre la cuestión aquí suscitada y dado además que la actora dirigió reclamación extrajudicial a la demandada, este operador aprecia que las costas causadas en esta instancia, deben ser de cuenta de la parte actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.,

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la procuradora Doña Rocio Barrionuevo Bernal en nombre y representación de [REDACTED] frente a Banco Santander SA:

1.- Se declara la nulidad de pleno derecho por abusiva de la cláusula suelo inserta en la estipulación tercera, apartado tercero, de la escritura de fecha 21 de diciembre de 2005, retrotrayéndose los efectos de esta declaración de nulidad ex tunc.

2.- Se condena a la parte demandada a la devolución a la parte actora de las cantidades indebidamente percibidas desde la aplicación de la cláusula suelo hasta la fecha de su efectiva eliminación e inaplicación, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia conforme a las bases indicadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, en caso de que no procediese al cumplimiento voluntario de la presente resolución, con los intereses legales correspondientes desde la fecha de los respectivos abonos hasta su completa satisfacción.

3.- Se condena a la parte demandada al abono de las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el plazo de veinte días, citando la resolución impugnada y la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan, previo el depósito correspondiente, sin el cual no se le dará curso.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.

