

**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: MCC
Modelo: N04390

N.I.G.: [REDACTED]

OR5 ORDINARIO CONTRATACION

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. ROCIO BERNAL BARNUEVO, ROCIO BERNAL BARNUEVO

Abogado/a Sr/a. BARTOLOME GIMENEZ IBARRA, BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA

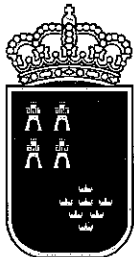
En Murcia, a 12 de diciembre de 2022.

Vistos por la Ilma. Sra. [REDACTED] Magistrado-Juez en el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de esta Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario número [REDACTED] seguidos a instancia de [REDACTED] representados por el procurador Sra. Bernal Barnuevo contra SANTANDER 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 **gastos y cláusula suelo**, insertas en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el **6 de julio de 2011 ante el notario Dña. Manuela I. Marzal Musso con numero 926 de su protocolo** y 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 allanarse parcialmente a la demanda y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado sentencia en la que se desestime la demanda en el resto de pedimentos no allanados.



TERCERO.- Se tuvo por contestada la demanda y se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, siendo citadas las partes personadas en legal forma. El día señalado tuvo lugar la celebración de la citada audiencia previa, en la que la actora ratificó su escrito de alegaciones y la demandada, por su parte, ratificó su allanamiento parcial a la nulidad de la cláusula de gastos aunque no a sus consecuencias, ni a los pedimentos del demandante relativos a la cláusula suelo, con el resultado que consta en el acta y dando cumplimiento al resto de las previsiones legales.

Se acordó en el acto de la audiencia previa la **acumulación del ordinario 370-22 a las presentes actuaciones** con el resultado que consta en el acta y que se da por reproducido.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba las partes propusieron y fueron admitidos como únicos medios de prueba las documentales que tenían aportadas con los escritos de demanda y contestación, quedando seguidamente los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandada alega su falta de legitimación pasiva porque la cláusula se contiene en una escritura pública de **compraventa con subrogación** y manifiesta que la entidad bancaria carecía de interés en la operación que se hizo a iniciativa y en beneficio del comprador prestatario. La objeción carece de fundamento ya que es evidente que los dos contratantes tienen interés en la operación, dado que ninguno es obligado a concertarlo, pues el banco tiene la facultad de consentir la subrogación (art. 1205 CC), de manera que si lleva a cabo esa novación con el cambio subjetivo y la ampliación que supone el capital prestado, es porque a la prestataria le sirve para atender sus necesidades y al prestamista para obtener con ello una rentabilidad e ingresos incrementando o manteniendo su cartera de clientes. (SAP Murcia 10 de enero 2019 y 28 de noviembre de 2019, entre otras). Añadir, por último, que el TS advierte que el préstamo garantizado con hipoteca es una realidad inescindible en la que están interesadas ambas partes de carácter bilateral a diferencia del préstamo ordinario que es unilateral.

Dada la significación jurídico-procesal del **allanamiento**, que no es otra que la de un acto por el que el demandado considera fundadas las pretensiones deducidas por el actor en su escrito de demanda, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, una vez que la demandada ha manifestado su conformidad expresa con la petición contenida en la demanda en relación con la **declaración de nulidad de la cláusula de gastos** del contrato objeto de litigio y no suponiendo la misma una renuncia contraria al interés u orden público ni en perjuicio de terceros, se está en el caso de estimar la pretensión de los actores en este extremo y decidir de acuerdo con lo reconocido por la demandada teniéndola por allanada parcialmente a la demanda.

En atención a lo expuesto la demanda debe ser estimada en este extremo, **declarando la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos inserta en el contrato litigioso.**

Establecida la nulidad de la cláusula sobre gastos, **la controversia se ciñe a sus efectos o más bien a las consecuencias de la nulidad.**

Se esgrime por la demandada prescripción de la acción de indemnización de gastos ya abonados, respecto de la escritura litigiosa.

Toda vez que no se ejerce una acción de anulabilidad basada en un vicio del consentimiento con fundamento en el artículo 1300 del Código Civil, sino una acción de nulidad absoluta basada en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la acción no se encuentra sometida al plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil.

La acción declarativa de nulidad no prescribe nunca según señala jurisprudencia unánime (STS de 21 de enero de 2003, RJ 563; 24 de abril de 2013, RJ 3692; 19 de noviembre de 2015, RJ 5501; 6 de octubre de 2016, RJ 4756). No obstante, **esta acción se distingue de la acción de restitución de lo entregado, que sí está sometida al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil**, que hasta la reforma operada por la Ley 42/2015 en el artículo 1964 del Código Civil era de quince años y no de cinco. Esta ley entró en vigor el 7 de octubre de 2015.

La cuestión polémica en este momento para la jurisprudencia es el *dies a quo* o momento en que comienza a contarse el plazo de prescripción. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020, en los asuntos acumulados C698/18 y C699/18, y de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, consideran compatible con el derecho de la Unión para la protección del consumidor fijar plazos razonables de carácter preclusivo para reclamar cantidades obtenidas en la aplicación de una cláusula declarada nula por abusiva y entiende vigentes los principios de: i) equivalencia, de forma que el plazo fijado no puede ser inferior al aplicable a recursos similares de carácter interno; ii) efectividad, de modo que no se puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho; iii) y de seguridad jurídica, que fundamenta la prescripción de la acción resarcitoria. En consecuencia, el tribunal europeo estima compatible con la Directiva 93/13 la existencia de un plazo de prescripción siempre que ni por el momento en que ese plazo comienza a correr ni por su duración se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución.

De acuerdo con estos principios, el tribunal europeo estimó en la sentencia de 9 de julio de 2020 que un plazo de tres años que

comienza a contarse desde el cumplimiento del contrato es contrario a la Directiva cuando en otras acciones similares del derecho interno este plazo empieza a computarse desde la declaración de nulidad, porque se quiebra el principio de equivalencia. A su vez, en la sentencia de 16 de julio el tribunal valoró que un plazo de prescripción de cinco años que comienza a contarse desde la celebración del contrato también es contrario a la Directiva porque vulnera el principio de eficacia al hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos del consumidor.

A falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado lugar a sentencias discrepantes de las audiencias. No obstante, **el Tribunal Supremo formuló una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante auto de 22 de julio de 2021** en la que plantea en virtud del principio de seguridad jurídica si el plazo de prescripción debe contarse **desde la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos**, o en su defecto **desde la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 que fijó doctrina sobre los efectos sustitutorios**, o en su defecto **desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020** que declaró que la acción de restitución podía estar sujeta a plazo de prescripción.

No conocemos todavía la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero lo que sí sabemos en este momento es que para el Tribunal Supremo, de acuerdo con la jurisprudencia europea, el plazo de prescripción comienza a contarse: bien **desde que se dicte la sentencia** que declara la nulidad de la cláusula, bien **desde el 23 de enero de 2019**, bien **desde el 9 de julio de 2020**. Cualquiera que sea la respuesta y tomando en consideración el plazo de prescripción de 5 años del artículo 1964 del Código Civil, la acción de reclamación de gastos que aquí se ejerce **no está prescrita**.

Hechas las antedichas consideraciones, debe procederse a resolver las consecuencias de la nulidad de la cláusula que nos ocupa de manera que el prestatario ostente la misma situación que si nada se hubiera pactado en materia de gastos del préstamo hipotecario.

En efecto, la **STJUE de 16 de julio de 2020** reitera que la consecuencia de la declaración judicial del carácter abusivo de la cláusula estriba en "el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula" por lo que, en el caso de los gastos, "se justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes".

En base a ello, ha de darse la siguiente respuesta a la reclamación de las distintas cantidades contenidas en la demanda:

En cuanto a los aranceles de **Notaría y de Registro**, la normativa nacional aplicable en defecto de pacto viene recogida en el RD

1426/89, en cuanto al Notario, y en el RD 1427/89, respecto del Registrador, ambos de 17 de noviembre.

Así, en cuanto al Notario, dispone dicha norma que: "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente". Y, en cuanto al Registrador: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del art. 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado".

Así pues, a la vista de la interpretación recogida en la STJUE anteriormente citada, quedaría ratificada la doctrina jurisprudencial contenida en las SS. de Pleno del Tribunal Supremo números 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019 de 23 de enero, lo cual confirma la STS de 24 de julio de 2020, dictada con posterioridad a la interpretación del Tribunal comunitario.

Conforme a dicha doctrina, dado que la intervención notarial interesa a ambas partes, los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben **distribuirse por mitad**, pues el interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

Por tanto, entiende la Sala Primera que al no especificar la normativa notarial si, a los efectos del concepto de "interesados" en la redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor como el prestamista, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

Aun cuando el Tribunal Supremo se refiere, específicamente, a los gastos o aranceles derivados del otorgamiento de la matriz, ha de entenderse igualmente aplicable este criterio a los aranceles correspondientes a la expedición de las copias no habiendo alegado, desglosado ni justificado la parte actora (a quien le corresponde la carga como tal parte accionante) otras circunstancias que enerven la aplicación de dicho criterio de distribución por mitad.

Y por lo que se refiere al timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y siguientes del Reglamento), si bien no se trata de aranceles derivados de la intervención del fedatario público sino de un impuesto -el de actos jurídicos documentados de

cuota fija, no variable-, dicho importe se encuentra incluido en la factura notarial, razón por la cual se resuelve en este apartado la cuestión relativa a su pago.

Pues bien, atendiendo a lo resuelto en sendas SSTs de 15 de marzo de 2018 (*"respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario y, en cuanto a las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite"*) han de entenderse compensados unos importes con otros (matriz y copias) y, por ende, en orden a facilitar el cálculo de la indemnización que, por todos los conceptos facturados por el Notario, corresponde al prestatario tras la nulidad de la cláusula, también se estará a la mitad.

En cuanto a los gastos de Registro de la Propiedad, el Tribunal Supremo resuelve que a diferencia del arancel notarial que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Y dado que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, es a este al que corresponde el pago íntegro de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

Y, anulada la cláusula, si en el futuro el Banco pretende obtener nuevas copias o certificaciones, deberá el mismo abonar su coste, como único interesado.

Y, finalmente, en el caso de cancelación de la hipoteca, el Tribunal Supremo, al considerar que "el interesado" en dicha cancelación es exclusivamente el prestatario, entiende que es éste al que le corresponde afrontar su coste.

En cuanto a los gastos de tasación y de gestoría, la STS de 24 de julio de 2020 (posterior a la interpretación del TJUE en S. de 16 de julio de 2020), al no plantearse en el caso la cuestión referida a gastos de gestoría (ni de tasación), no se pronuncia al respecto.

Entretanto, cabe entender que la interpretación del TJUE sí ostenta incidencia sobre lo resuelto con anterioridad por el Tribunal Supremo, debiendo replantearse dicha doctrina.

Así, las SSTs reseñadas anteriormente resolvían que, si bien no es necesario el nombramiento de un profesional para la realización de las gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario (la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados), el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, sí da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40 por lo que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se entienden realizadas en interés o beneficio de ambas

partes, por lo que el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

Frente a ello, la interpretación efectuada por el TJUE parece decantarse por la necesidad de que la norma nacional atribuya, en todo o en parte, los gastos en cuestión al consumidor por lo que, a falta de disposición nacional que efectúe dicha atribución, el consumidor debería verse resarcido en su integridad del gasto de que se trate. En concreto, el TJUE resuelve que el consumidor debe ver devueltas las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula "salvo que las disposiciones de derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de estos gastos".

Es por ello que al no prever la norma nacional citada (Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios) una atribución del pago de este gasto, su importe, abonado por el consumidor en base a la cláusula, debe serle íntegramente resarcido por la entidad prestamista.

Y los mismos argumentos cabe efectuar en relación con los gastos de tasación. Conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley -ni ninguna otra norma- señala a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista-prestatario. Lo único que dispone esta ley al respecto, en su art. 3 bis, es que "las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación".

Por tanto, de esta previsión no se deriva que sea el prestatario al que corresponda abonar y, además, íntegramente, el coste de la tasación y que el Banco sólo tenga que sufragar el coste de las comprobaciones extra si se le presenta por el propio cliente una tasación efectuada a su instancia.

Por consiguiente, en tanto el Tribunal Supremo no ofrezca una interpretación distinta de la norma nacional, debe entenderse igualmente resarcible, en su integridad, a cargo del prestamista y a favor del consumidor, este gasto.

Visto lo anterior, **en este caso**, mediante la documentación aportada con la demanda (facturas y/o cargos en cuenta), se acreditan las cantidades satisfechas por el concepto de notaría y registro (doc. 3 demanda), por lo que, en atención a lo expuesto, la demanda debe ser estimada y declarar pertinente la pretensión de condena de la parte demandante, de manera que, la parte demandada deberá abonarle la cantidad total de **799,40 €** más el interés legal desde la fecha de su abono hasta la fecha la presente resolución y el interés legal

incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago.

PRIMERO BIS: Nulidad de clausula gastos en novaciones modificativas. STS 28 de mayo de 2019.

El Tribunal Supremo ha recordado, en este caso, a la Audiencia Provincial de Asturias que:

"...si no existiera la cláusula de gastos hipotecarios, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos (...) por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad...".

Esta conclusión la alcanza, precisamente tras recordar que el banco no resulta alguien ajeno a la firma de la escritura de préstamo hipotecario y su inscripción registral, sino que él tiene un claro interés en que se generen esos gastos que el propio banco no quiere asumir, ya que la entidad financiera va a ver ampliada igualmente la garantía hipotecaria establecida en su favor.

Por tanto, las novaciones hipotecarias, al menos en lo que a la cláusula de gastos hipotecarios se refiere, no deben tener un trato distinto al dado a este tipo de cláusulas insertas en las escrituras de préstamos hipotecarios. De esta forma, la cláusula de gastos que obliga al consumidor a pagar todos los gastos de la hipoteca, será nula tanto en si es una préstamo como si es la modificación de un préstamo.

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: $\text{interés de referencia} + \text{diferencial} = \text{interés a pagar}$.

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.

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 proyección sobre 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 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.

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 solo 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,

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.

En consecuencia, la declaración de nulidad de la cláusula suelo supone la condena del banco a devolver las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de su aplicación desde la celebración del contrato de préstamo, más sus intereses legales desde la fecha de cada cobro (STS 123/17 de 24 de febrero; 366/2019 de 26 de junio; 69/2019 de 4 de febrero).

La parte demandante, en este caso, acredita la celebración entre las partes de contrato garantizado con hipoteca (doc. 2 demanda).

La escritura litigiosa contiene la cláusula suelo del **2% (Estipulación 9ª).**

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.

Incumbe al banco la carga de probar el hecho de que estipulación que fijó la cláusula suelo fue negociada individualmente, así como haber facilitado información suficiente para su comprensión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (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 presentado ninguna prueba documental que acredite la negociación o la información.

Por todo ello, la cláusula suelo del contrato litigioso es nula por falta de transparencia.

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 la 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 el 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; 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, este caso, **se determinará en ejecución de sentencia.**

TERCERO.- La demanda se estima íntegramente y aunque existe allanamiento parcial, lo es con la contestación, constando en las actuaciones la reclamación extrajudicial previa (doc. 4 y 5 demanda), por lo que procede condena en costas de la demandada.

FALLO

Estimar la demanda formulada por la representación procesal de D. [REDACTED] tra
SANTANDER S.A. y:

1. Declaro la **nulidad** de pleno derecho por abusiva y por no puesta la cláusula sobre **gastos** inserta en el contrato de préstamo con garantía real concertado por las partes el **6 de julio de 2011 ante el notario Dña. Manuela I. Marzal Musso con numero 926 de su protocolo** y en su consecuencia, condeno a la entidad demandada a que abone a la parte demandante la cantidad de **799,40 €**, según desglose obrante, a la que se añadirá el interés legal desde la fecha del efectivo pago de las cantidades hasta la fecha la presente resolución y el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución hasta su completo pago de conformidad con lo establecido en el artículo 1100, 1101 y 1108 del Código Civil y 576.1 de la LECivil.
2. Declaro de **nulidad de pleno derecho de la cláusula limitativa del tipo de interés remuneratorio variable (cláusula suelo)** que figura inserta en el antedicho contrato y, en 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 el demandante 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, cantidad que deberá determinarse **en ejecución de sentencia.**

Todo ello con expresa condena en costas a la 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.

