

SENTENCIA N° 293

En Valencia, a treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

VISTOS por el Ilmo. Sr. D. SALVADOR VILATA MENADAS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Valencia, los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con el numero 754/2014 de los asuntos civiles de este Juzgado; siendo partes Dña. [REDACTED], representado por el Procurador Sr. Francés Silvestre y asistido del Letrado Sr. Butler Coca, como parte demandante, y la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, representado por el Procurador Sra. Navarro Ballester y asistido del Letrado Sr. Gomis Esparza, como parte demandada, se procede,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la expresada parte demandante promovió demanda, que por reparto fue turnada a este Juzgado, contra la citada entidad demandada, interesando que tras los tramites procedimentales pertinentes se dictase sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Se declare la nulidad por falta de transparencia y claridad, de la clausula limitativa a las variaciones del tipo de interes incluida en la escritura de prestamo con garantia hipotecaria con numero de protocolo 603.
- 2.- Se declare la subsistencia del resto del contrato de prestamo hipotecario suscrito por la actora con la entidad demandada.
- 3.- A fin de restablecer la situación inmediatamente anterior a la celebraci3n del contrato, se condene a la restitucion de las cantidades entregadas por la aplicaci3n indebida de la limitacion a las variaciones del tipo de interes debiendo reembolsar la demandada a la actora hasta la presente fecha el importe de (s.e.u.o.) 4.535,06.- euros mas las cantidades que se devenguen hasta la cesaci3n efectiva de la clausula suelo, mas el interes legal correspondiente desde el momento en que se materializ3 cada uno de los abonos incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia.
En caso de no apreciarse la nulidad conforme al articulo 1303, que la nulidad sea con efectos ex nunc.
- 4.- Se condene al pago de las costas a la entidad financiera demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la referida demanda, se emplazó a la parte demandada

para que en veinte días compareciere en autos y la contestase, bajo apercibimiento de rebeldía, lo que vino verificado en legal forma. Seguidamente se convocó a las partes al acto de audiencia previa, que se ha celebrado con su asistencia en fecha 18 de septiembre de 2014, ratificando por su orden sus respectivas posiciones e interesando el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose los medios de prueba de que intentaban valerse, lo que vino proveído en el acto por el Juzgador con el resultado que quedó registrado en el soporte audiovisual pertinente, y como quiera que toda la prueba propuesta y admitida ya obraba rendida en las actuaciones, seguidamente quedaron los autos conclusos para dictar sentencia sin más trámite.

TERCERO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por Dña [REDACTED] se ejercita la acción individual de nulidad de las sendas condiciones que aparecen en el contrato de compraventa con subrogación de hipoteca de fecha 11 de mayo de 2010 por la que se establecen límites a la variación del tipo de interés en la consideración de que se trata de una cláusula general abusiva, por contraria a la buena fe y por causar en perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, con invocación de los artículos 1 de la LCGC de 13/4/1998, art 3 y 82 TRLGCU del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriores arts. 10 y art 10 bis LGDCU de 19 de julio de 1984).

Frente a ello CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT, de forma extractada se opone por los siguientes motivos: a) no tratarse de una condición general de contratación, al no haber sido predispuesta ni impuesta ni destinada a incorporarse a una generalidad de contratos sino que se ha negociado individualmente; b) no ser abusiva, por no comportar ruptura del equilibrio negocial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

SEGUNDO.- Debe comenzarse por analizar si nos encontramos, o no, ante una condición general de la contratación para el caso de la estipulación de límite a la variación de tipo de interés.

La cláusula aquí controvertida enuncia textualmente lo siguiente:

“E tipo nominal anual a aplicar no podrá ser inferior al 3,50% ni sobrepasar nunca el 9,50% nominal anual”.

Tal se prevé al primer párrafo de la cláusula intitulada “Límites a la variación del tipo de interés”.

TERCERO.- La contratación por medio de condiciones generales aparece como un fenómeno inevitable de la economía moderna en cuanto que esencialmente vinculado a la contratación en masa, siendo la respuesta racional de la empresa ante esta actividad contractual masificada. En nuestro Ordenamiento Jurídico es la Ley 7/1998, de 13 abril, la

que define y establece su régimen jurídico, y que verificó la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siendo la opción elegida la de incorporar dicha Directiva citada mediante una Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación de ámbito no limitado a los consumidores y al mismo tiempo, a través de su Disposición Adicional Primera, modificar el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue derogado por la legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato, esto es, el actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

El artículo 1 de la LCGC da una concepto auténtico al decir 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 redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*.

Son tres notas caracterizadoras del concepto legal:

(a) predisposición: se han de tratar de cláusulas ya preparadas previamente, por una parte (predisponente, aquí, sería la entidad financiera) para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad empresarial (Art. 2) (aquí, como prestamista);

(b) imposición: la otra parte contractual (el adherente) solamente puede adherirse a ella, es decir, el actor, solo puede asumirla o aceptarla si quiere contratar el préstamo. La imposición se conecta con la ausencia de negociación individual, como se deduce del artículo 3 de la Directiva citada, según el cual *“Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”*, aclarando el art 1.2 de la Ley española que *“El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”*

(c) generalidad: la cláusula está destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos, pues no se impone a un contrato (aquí, de préstamo) determinado sino que va dirigida a la generalidad de contratos (aquí, de préstamos) en los que concurra el mismo supuesto.

Pues bien, a la hora de apreciar si concurren, o no, estos requisitos, debe tenerse en consideración que en los contratos con consumidores es carga del profesional-empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, la carga de la prueba (precedente art 10 bis de la Ley 26/1984, actual art 82.2.II del RD Legislativo 1/2007).

En el caso que nos ocupa, debe hacerse constar que:

- Nada se dice ni se prueba de que se trate de una cláusula ya preparada previamente por el Banco, y no resulta plausible -atendida la realidad social de esta contratación tan elaborada- mantener que su redacción la realizó el consumidor

- En segundo lugar, no desaparecería la nota de generalidad por el dato de que haya contratos de préstamos con garantía hipotecaria del Banco en los que no se contenga, pues esa característica no significa que deba aparecer en todos los contratos (universalidad), sino que se incorpore a una pluralidad indeterminada de contratos; y que ello es así en la práctica bancaria (y por consiguiente también de la demandada), es notorio.

- En tercer lugar, y en cuanto a la imposición, que es donde se centra la demandada, cabe indicar:

i) que la observancia de buenos usos y prácticas bancarias no significa que por ello se perjudique su eventual cualidad de condición general, pues sí lo será si reúne los requisitos del art 1. Dicha normativa va destinada a garantizar el conocimiento de determinadas condiciones en la contratación bancaria, pero su observancia no implica que sea fruto de negociación individual (así, STS de 2 de marzo de 2011).

ii) El Juzgado de lo Mercantil num. 1 de Alicante, en su Sentencia de 21 de febrero de 2012, ante cláusulas de este tipo, mantuvo que el que se trate de una cláusula definitoria de uno de los elementos esenciales del contrato (cual es el importe del interés que remunera al prestamista por la transferencia de capital que realiza a favor del prestatario) no significa su exclusión del concepto de condición general de la contratación. Cuestión distinta es el alcance de control.

Estas consideraciones se ven corroboradas si acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en la que se concluye, en lo que es aquí interesa, que *“a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.*

b) El conocimiento de una cláusula –sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias –singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.”(apartado 144) y de forma específica en materia de imposición, remarca que “a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) 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.

d) 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”(apartado 165)

CUARTO.- Se sostiene por la demandada que en ningún caso podría aducirse supuesto de abusividad, en cuanto que:

(a) se considera que la cláusula es una de las condiciones financieras que determinan el precio, formando parte de uno de los elementos esenciales del contrato sobre los que no cabe someterla a dicho control de abusividad

(b) no es abusiva, por no comportar ruptura del equilibrio negocial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes.

Con independencia de la posición que, en abstracto, pudiere mantenerse sobre el particular, es claro que las consideraciones pertinentes deben en la actualidad ponerse de manifiesto a la luz de la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en la ya referida reciente Sentencia. Esto es, debe contemplarse la respuesta dada por el Tribunal Supremo según la cual *“Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato”* y si bien *“...esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones” –que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio”* (apartados 189 y 195), para concluir afirmando su licitud en los términos siguientes: *“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. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.*

257. *No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-*

258. *Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.*

259. *En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea*

preciso”(apartado 256 a 259)

Por tanto, si bien la cláusula suelo del tipo que nos ocupa no es abusiva per se, lo será si no supera el control de transparencia que en palabras del Tribunal Supremos “*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*”, lo cual nos conduce a verificar el test de transparencia que se deduce de la tan mentada Sentencia.

QUINTO.- Establece el Tribunal Supremo en la Sentencia citada (apartado 215) que “*(...) el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC 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.*

b) *Que la 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.*”

Esto es, además del filtro de incorporación, en los contratos con consumidores las cláusulas deben superar el control de transparencia, que “*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*”(apartado 210) y en este proceso de verificación establece los siguientes parámetros (apartados 211 a 214):

- “*...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*”

- “*No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.* ”

- “*[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa*”.

- con cita de la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG...” *el contrato debía exponerse de manera transparente “[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]”.*

De manera específica, tras analizar la falta de transparencia de las cláusulas suelo en el Fallo acuerda su nulidad por:

a) *La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*

b) *La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

c) *La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*

d) *Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*

e) *La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*

f) *Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”, dejando claro en el auto de aclaración de 3 de junio que “...las 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”*

Pues bien, las cláusulas controvertidas insertada en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria analizada aisladamente puede superar sin demasiada dificultad el control de incorporación, y de igual manera parece que pueda superar el exigente test de transparencia que impone la Sentencia comentada, no siendo razonable sostener que la actora no comprendiera la dimensión jurídica y económica del contrato de préstamo, y en particular, respecto de la cláusula controvertida. Y es que la cláusula en cuestión, que no resulta de suyo oscura en modo alguno, se inserta en la escritura de manera clara, debidamente insertada en el ordinal correspondiente, en párrafo aparte previamente intitulado, y con la debida claridad. Y es que no hay que olvidar, como dice el Tribunal Supremo que “(...) el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”

Así, no aparece la realidad de un pretendido déficit de información que le permita tener al consumidor “*unconocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*”, pues no se trata del supuesto de cláusulas enmascaradas.

SEXTO.- No obstante todo lo anterior, no puede desconocerse que el tenor de la cláusula controvertida aboca a la fijación de un tipo mínimo y un tipo máximo muy alejados entre sí en tanto que el este último supone casi tres veces aquél, que considerando además la evolución de los tipos de interés variable referenciados a índices de recurso común en el ámbito comunitario, lleva a que la virtualidad de la aplicación de la cláusula suelo es evidente (al tiempo que se hace impensable la situación diversa y alternativa de activación del tipo máximo), con el consiguiente perjuicio del prestatario que advertirá que no se le aplican tipos incluso muy por debajo de la indicada cláusula. Y tal extremo no puede dejar

de ser relevante en la resolución de esta contienda.

Y es que en suma es decisivo poder advenir que el trámite de negociación precontractual se ha observado adecuadamente los deberes de información sobre los elementos del contrato que incumbe a la entidad financiera. En este sentido, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (que es posterior al contrato controvertido, que data de 2010), en su Preámbulo, enuncia que “Adicionalmente, la norma aborda otras áreas también sustanciales entre las que cabe destacar las tres siguientes. En primer lugar, se aborda el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la normativa anterior, de 1994. El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. (...) También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación”.

Así, el art. 25 de la Orden, intitulado como “Información adicional sobre cláusulas suelo y techo”, enuncia que “en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima”. En el art. 30.3 se establecen determinadas obligaciones que debe cuidar el Notario en el momento de otorgamiento de la Escritura, y en particular en su letra c) ordinal tercero se alude específicamente a la constatación de que el cliente viene debidamente informado del establecimiento de límites a la variación de tipos de interés, como cláusulas suelo o techo; deberá el Notario consignaren la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: (i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia. ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés. c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En los Anexos, la Orden contempla igualmente que deberá consignarse, en el caso de que proceda, la referencia a la existencia de estas cláusulas en las fichas FIPRE (Ficha de Información Precontractual) y FIPER (Ficha de Información Personalizada).

Así, procede en este punto hacer cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, en su apartado 224 según el cual “*Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo –recordemos que el BE indica que “estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas”-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.*”, sin que haya prueba alguna de que hubiera simulaciones de subidas y bajadas del tipo (teóricas), que hubiera permitido ilustrarse al consumidor en ese momento de contratar del juego de la cláusula suelo, de manera que en fase precontractual

comprendiera que estaba en realidad contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo (del 3,50%) y que éste era el “suelo” durante toda la vida del préstamo que iba a impedir mayores bajadas aunque se redujera el tipo de referencia, sin que finalmente tampoco quede adverbado que se realizara una advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En definitiva, hay que predicar la nulidad de la cláusula litigiosa, por falta de transparencia con arreglo a los parámetros comentados.

SEPTIMO.- No obstante su vinculación con un elemento contractual básico cual es el precio al determinar el tipo de interés mínimo, no considera la Sentencia tantas veces reseñada de 9 de mayo de 2013 que su eliminación pueda afectar al equilibrio contractual, a la llamada "economía del negocio", por lo que no resulta contradictorio mantener la validez de éste y simultáneamente la nulidad de aquélla, al amparo del 9.2 LCGC, que dispone que “[l]a sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”, manifestación del principio *utile per inutile*, sin que proceda la integración y reconstrucción “equitativa” del contrato con consumidores en caso de nulidad parcial (como dispone el artículo 83.2 TRLCU) al haber sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, c. Banco Español de Crédito (apartado 73)

Pues bien, la parte actora interesa se reintegren las cantidades que se han ya cobrado por el Banco en virtud de la condición declarada nula, en cada caso, y sus intereses. En este caso, y según se dice para no perjudicar a la entidad financiera, se interesa que tal se verifique mediante compensación con el capital pendiente, con la consiguiente minoración de este último.

Conoce el Juzgador que se han dictado tras la Sentencia del Tribunal Supremo ya algunas resoluciones judiciales que aplican los efectos retroactivos y condenan a la entidad bancaria a devolver lo indebidamente percibido por virtud de las cláusulas que se declaran nulas (con efectos *ex tunc*).

Sobre los efectos de la nulidad se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada en los términos siguientes: “283. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor “[d]eclarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”.

284. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, “[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la

atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente” y tras indicar que esa regla rige en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, matiza que dicha regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad no puede ser impermeables a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)- y reseña que “... esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que “[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad” (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009)” y con apoyo en la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb concluye que procede “declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia.”

Si bien es cierto que la doctrina legal exige dos sentencias del Tribunal Supremo conformes de toda conformidad, también ha dicho el propio Alto Tribunal en Sentencia de 23 de siembre de 1983 “*que nada impide a la Sala de Instancia la adopción de criterios interpretativos que coincidan con los anteriormente sustentados por esta Sala cuando la falta de reiteración de supuestos no ha permitido la fijación de una auténtica doctrina legal*”, y es evidente en este sentido que la STS de 9 de mayo de 2013 tiene vocación de fijar doctrina jurisprudencial, en cuanto que se trata de una Sentencia del Pleno de la Sala Primera, sobre el alcance de la nulidad parcial de la cláusula suelo (y para ello no es relevante si la acción es individual o colectiva), y por ende con un peso relevante para justificar su asunción, máxime cuando además cita un precedente.

Asunción que se considera la solución más ajustada al principio constitucional de seguridad jurídica (art 9.3) , tan esencial en el ámbito mercantil, pues reconociendo la STS de 26 de noviembre de 2007 que “*En virtud del principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo (fundamento de derecho tercero de la citada STS de 2 de febrero de 1994)*” no se aprecia en el caso presente ni elemento o circunstancia de hecho o de derecho no destacados por el Tribunal Supremo (en su apartado 293), con la suficiente relevancia que permita una respuesta distinta , dado que nos encontramos ante una cláusula suelo que en contra de lo pretendido por los demandantes, es lícita en cuanto a su contenido, usual y tolerada largo tiempo, cuya abusividad deriva de la ausencia de transparencia, sin que el impacto económico al que se refiere el Tribunal Supremo en la letra k) del apartado 293 se deba valorar in concreto sino atendida la generalidad de los casos a los que es de aplicación esa doctrina, pues con ello lo que se trata es de evitar un efecto llamada, que si se hubiera querido por el Tribunal Supremo hubiera bastado con haber declarado la nulidad de las cláusulas suelo con efectos retroactivos.

En definitiva, la nulidad de la cláusula suelo solamente opera con efectos ex nunc y no afecta a los pagos ya efectuados por la parte actora hasta la fecha.

OCTAVO.- En materia de costas procesales no procede efectuar especial pronunciamiento en esta sede habida cuenta la estimación solo parcial de la demanda que se opera, de conformidad con lo prevenido en el vigente artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos indicados y demás de general y pertinente aplicación al caso enjuiciado.

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Francés Silvestre en la representación que ostenta de su mandante Dña. [REDACTED] contra la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT se efectúan los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Se declara, a todos los efectos procedentes en Derecho, la nulidad del primer párrafo de la cláusula contenida en la escritura de fecha 11 de mayo de 2010, intitulada “Límites a la variación del tipo de interés” que enuncia que “*“E tipo nominal anual a aplicar no podrá ser inferior al 3,50% ni sobrepasar nunca el 9,50% nominal anual”*”.
- 2.- En su virtud, se condena a la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ONTINYENT a estar y pasar por la anterior declaración, así como a la eliminación a su costa de la citada cláusula, sin eficacia desde la presente resolución
- 3.- Se desestima la demanda en todo lo demás.
- 4.- Sin pronunciamiento en materia de costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que frente a la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, que deberá interponerse en el plazo de veinte días, con observancia del depósito y la tasa correspondientes.

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

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido dictada y firmada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia publica en el dia de su fecha.
Doy fe.