



## JDO.PRIMERA INSTANCIA N.1 BIS TOLEDO

SENTENCIA: 01325/2018

-

C/ MARQUES DE MEDIGORRIA 2  
Teléfono: 925-396020/32, Fax: 925-396033  
Equipo/usuario: AM  
Modelo: N04390

N.I.G.: 45168 41 1 2017 0007991

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001743 /2017**

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. SANTIAGO GARCIA DE ARCE

Abogado/a Sr/a. JUAN CARLOS GALVAÑ BARCELO

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A.

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

### SENTENCIA

En Toledo, a 1 de octubre de 2018 .

Vistos por mí, Juan Ramón Brigidano Martínez , los autos del presente Juicio Ordinario, incoados por demanda presentada por DON SANTIAGO GARCÍA DE ARCE, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre de DON [REDACTED] contra LIBERBANK representada por [REDACTED] procedo a dictar la siguiente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de , se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra: **LIBERBANK ( “BANCO CASTILLA LA MANCHA S.A.” )** , solicitando se dicte Sentencia por la que se acuerde:

1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés aplicable, cuyo contenido literal es, “A efectos hipotecarios y registrales, se pacta que el tipo máximo amparado por la hipoteca, en cuanto al promotor, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS Y SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO nominal anual, y en cuanto a los futuros compradores, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al CUATRO POR CIENTO



nominal anual”, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dichos límites fijados en la escritura.

2.- Se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se hubieran cobrado en exceso en virtud de dicha cláusula para el caso de que la misma llegase a haberse aplicado, más los intereses legales correspondientes, a determinar en ejecución de sentencia.

3.- Declare la nulidad de la cláusula suelo encubierta establecida en la novación, cuyo contenido literal es, “Con efectos desde el día 26 de junio de 2015, el nuevo diferencial aplicable al tipo de referencia EURIBOR (EUR) será de 4,98 puntos”, manteniéndose la vigencia del contrato de novación sin la aplicación de dichos límite fijado en la escritura, aplicándose el anterior diferencial.

4.- Se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se hubieran cobrado en exceso en virtud de dicha cláusula suelo encubierta, más los intereses legales correspondientes, a determinar en ejecución de sentencia.

Y, alternativamente, para el caso de que se considere válido la novación:

1.- Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés aplicable, cuyo contenido literal es, “A efectos hipotecarios y registrales, se pacta que el tipo máximo amparado por la hipoteca, en cuanto al promotor, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS Y SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO nominal anual, y en cuanto a los futuros compradores, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al CUATRO POR CIENTO nominal anual”, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dichos límites.

2.- Se condene a la entidad bancaria a devolver a mi cliente las cantidades que se hubieran cobrado en exceso en virtud de dicha cláusula para el caso de que la misma llegase a haberse aplicado, más los intereses legales correspondientes, a determinar en ejecución de sentencia.

Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada para su contestación, interesando la desestimación de la demanda y la condena en costas del actor.



TERCERO.- Celebrada la correspondiente audiencia previa proponiéndose únicamente prueba documental, quedó el pleito visto para sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Acciones ejercitadas y Excepciones Opuestas.

El actor ejercita acción de nulidad de cláusula contractual con fundamento en la Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la ley de consumidores y usuarios.

Por su parte, el demandado se opone a lo alegado por el actor.

Como CUESTIONES PREVIAS a la contestación a la demanda se plantea la falta de legitimación porque falte uno de los prestatarios que debe desestimarse pues quien demanda también es prestatario en todo caso lo que se plantearía sería una situación litisconsorcial que fue desestimada en el acto de la audiencia previa .

SEGUNDO.- Se plantea en la demanda la nulidad de un acuerdo de novación firmado el 4 de octubre de 2012 en el que se establecía un interés variable con un diferencial del Euribor mas 4,98 % es decir superior al suelo .

Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo estableció, en su reciente sentencia nº. 205/2018, de 11 de abril: *“Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación. De tal forma que, por*



*lo expuesto, ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.*

Así, tal y como establece el Alto Tribunal, lo relevante en este caso es determinar si la finalidad del contrato privado suscrito entre las partes era realizar recíprocas concesiones para evitar la incertidumbre de una futuro pleito sobre la validez o nulidad de las cláusulas suelo, siendo, tal y como establece dicho Tribunal, el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones los elementos fundamentales de la transacción. En este sentido dice la mencionada sentencia: *Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción. De tal forma que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley.*

Por último, el Tribunal Supremo avala la posibilidad de que pueda transigirse en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, especialmente cuando se aprecia la trata de favorecer la solución extrajudicial. Sin embargo, establece la mencionada sentencia una garantía adicional al exigirse el control de oficio de la transparencia de la transacción, al haber sido la transacción predispuesta por la entidad bancaria y aceptada por los consumidores. En este sentido establece la ya reiterada sentencia nº. 205/2018: *“Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.”*

El Tribunal Supremo también establece unas pautas para la realización de control de transparencia de la transacción, sin perjuicio de las circunstancias que puedan darse en cada caso, señalando la especial incidencia del contexto temporal en que se produjo la transacción, especialmente si la transacción tuvo



lugar en un momento posterior a su sentencia de fecha de 9 de mayo de 2013, momento en que la difusión entre la opinión pública sobre la validez/nulidad de las cláusulas suelo era relevante; así como la transcripción de puño y letra de los consumidores de la cláusula, lo cual, según el Tribunal Supremo no equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe pero es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido.

En el caso examinado por el Tribunal Supremo los acuerdos entre las partes tienen fecha 28 de enero de 2014 y como expone en sus Fundamentos : “ ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación. “ . Es decir para el Tribunal Supremo es un presupuesto para considerar que nos encontramos ante una transacción y no ante una novación que exista una situación de incertidumbre sobre la validez de la cláusula suelo que se discute lo que está relacionado con el momento en que se produce ese acuerdo entre las partes y el conocimiento que en cada momento se tiene de las distintas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo o por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de manera que podemos concretar que esa situación de incertidumbre cambió cuando se dictó por el Tribunal Supremo la Sentencia 139/2015 de 25 de marzo que estableció que la declaración de nulidad de la cláusula suelo llevaba aparejada como consecuencia la restitución de cantidades desde el 9 de mayo de 2013 , es decir la situación de incertidumbre a la que se refiere la sentencia 205/2018, provocada por la mediática sentencia de 9 de mayo de 2013, pudo llevar a muchos consumidores a transigir libremente con ánimo de evitar un pleito posterior, bien aceptando una rebaja de la cláusula suelo, bien la eliminación de la misma, o incluso, la sustitución de un tipo variable por un tipo fijo, todo ello a cambio de renunciar a ejercitar acciones en el futuro.

Todas estas transacciones celebradas con posterioridad al 9 de mayo de 2013 y anteriores a la sentencia del Tribunal Supremo 139/2015 de 25 de marzo gozarían, por tanto, de la verdadera naturaleza de la transacción, a saber: ante una situación de incertidumbre evitar un pleito futuro, o lo que es lo mismo, una voluntad de ambas partes de llegar a una solución extrajudicial. Solución a la que llegaron las partes en conflicto haciendo concesiones recíprocas. En estos casos la entidad bancaria, que aún no conocía el resultado de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, consentía realizar una rebaja del suelo o incluso eliminar la cláusula a cambio de que el consumidor renunciara al ejercicio de acciones futuras.

Sin embargo, esa transacción no puede admitirse en los acuerdos privados adoptados con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo 139/2015 de 25 de marzo, en la cual el Alto Tribunal aclara que la declaración de nulidad de la cláusula suelo llevará en todo caso aparejada como consecuencia la restitución de las cantidades que se hubieran pagado de más por el consumidor desde el 9 de mayo de 2013.

En todos esos acuerdos privados la entidad es conocedora de las consecuencias de la declaración de nulidad, por su carácter de profesional, oculta este dato fundamental en la negociación al cliente (desconocedor de la situación de la Jurisprudencia en ese momento) quien firma dicho acuerdo desconociendo absolutamente las consecuencias jurídicas y económicas del acuerdo: posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar la restitución procedente.

No existe, por tanto, en todos estos acuerdos privados ese sacrificio recíproco propio de los pactos transaccionales, pues en todos estos acuerdos privados (desde 9 de mayo de 2013 hasta 25 de marzo de 2015) la entidad bancaria lo que pretende es vedar la posibilidad de los efectos restitutorios provocados por la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas al consumidor, quien desconoce tal circunstancia.

Así, en este caso concreto por tanto debe partirse de analizar tres cuestiones si en el acuerdo privado se renunció a ejercicio de acciones futuras derivadas de la aplicación de la cláusula suelo, si la firma del acuerdo privado es anterior o posterior al 25 de marzo de 2015 y si el mismo ha sido comprendido por el consumidor siendo para ello un dato relevante para considerar esta comprensión que se haya manuscrito la cláusula.

Atendiendo a la redacción del acuerdo privado resulta que no es manuscrito, que no consta que se renuncie a las acciones y de la prueba practicada no se llega a la conclusión de que los actores tuvieran un conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación. Por lo que en este caso





al no estar probada la existencia de transacción debe entenderse que lo que se ha producido es una novación .

El Tribunal Supremo en la reciente Sentencia nº 558/2017 de 16 de octubre de 2017 (fundamento de derecho 6º), a propósito de las novaciones en contratos de préstamo hipotecario con límites a la variabilidad de tipo de interés (cláusula suelo), en virtud de las cuales, se reduce el tipo mínimo de interés, efectúa una serie de consideraciones que a juicio de este juzgador, resultan aplicables al caso que nos ocupa.

Dicha resolución señala: “3.- Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva ( art. 6.1 de la Directiva 93/13 ). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

4.- Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor[...]

5.- Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato ( sentencia 654/2015, de 19 de noviembre , y las que en ella se citan).

6.- La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada.

7.- El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil , en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.- Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.”

Dado que en los supuestos de cláusula suelo nos encontramos ante vicios de nulidad absoluta o radical, no parece posible la confirmación del contrato, prevista únicamente para los negocios jurídicos anulables por lo que procede estimar la nulidad de este acuerdo .

TERCERO.- Hechos probados.

De la prueba practicada, podemos considerar probado que en fecha 26 de octubre de 2004, [REDACTED] suscribe escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario con la entidad Caja de Ahorros de Castilla la Mancha, actualmente BANCO CASTILLA LA MANCHA S.A., por importe de 72.120 Euros, destinados a la adquisición de vivienda.

Consta en el contrato “A efectos hipotecarios y registrales, se pacta que el tipo máximo amparado por la hipoteca, en cuanto al promotor, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS Y SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO nominal anual, y en cuanto a los futuros compradores, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al CUATRO POR CIENTO nominal anual”.

Conceptos previos.

En primer lugar, se han de fijar los siguientes conceptos antes de entrar a resolver sobre el fondo del asunto:

1.- Carácter de consumidor del ahora demandante.



El artículo 3 de TRLGDCU establece *a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

No cabe duda de que en el presente caso la actora ostenta tal condición, al ser persona física que no actúa en ámbito profesional alguno. Destacándose además que no es cuestión controvertida tal condición en relación a la impugnada cláusula.

## 2.- Contrato de hipoteca como contrato de adhesión.

Dice el artículo 1 de la LCGC de 1998 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.*

*2. 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.*

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013 establece que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión;

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de

generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

El propio Tribunal Supremo, en SSTs de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre del mismo año, ha venido reconociendo el carácter de condición general de contratación a las estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras. Añade el Tribunal Supremo, aun en el seno de la sentencia de 9 de mayo de 2013, que 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; que 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; que 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; y 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.

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2013 reconoce como en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal -lo que se tratará más adelante- y, de hecho, para el empresario

probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él.

En atención a lo anterior, en el caso de autos, no puede cuestionarse a priori que la cláusula "suelo" objeto de impugnación tenga carácter contractual y que su inclusión en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores sea facultativa. No existe normativa que imperativamente imponga su inclusión. Tal y como analiza la STS de mayo de 2013, el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º del Código Civil, como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual *las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo*.

Por tanto, concluimos que la cláusula analizada sí es una condición general de la contratación. Además, es una condición no negociada individualmente y que por tanto ha de reunir los requisitos establecidos en el artículo 80 del TRLGDCU. Es decir, estamos ante una cláusula no negociada individualmente, susceptible de ser examinada – como mas tarde se analizará-, para así poder determinar si se trata de una condición abusiva, en los términos y con los efectos del artículo 82 TRLGDCU, pues ya ha sido indicado que estamos ante un consumidor que procedió a la compra de la que resulta su vivienda habitual.

### 3.- Carga de la prueba.

Además de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, en el presente caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 82.2 del Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, el cual expresamente atribuye la carga de la prueba de la negociación y transparencia al empresario que afirma que sí han existido, es decir, a la entidad bancaria demandada. Y así lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que establece 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".*

#### CUARTO.- Control de transparencia.

Dice el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE 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.*

Con base en dicho precepto, el Tribunal Supremo, ya desde la STS 18 de junio de 2013, dijo que de conformidad con este artículo no cabe efectuar el control de contenido cuando la cláusula contractual contenga un elemento esencial del contrato "*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*". De esta forma, si las cláusulas contractuales no pueden ser examinadas a la luz del control de contenido, se han de examinar a la luz de la transparencia, es decir, desde la comprensibilidad intelectual de dicha cláusula. El control de transparencia pretende excluir las cláusulas sorprendentes, es decir, aquéllas cuya presencia no podía ser razonablemente esperada en el contrato.

Así se ha recogido en la STS de 9 de mayo de 2013 analizando concretamente la llamada cláusula suelo. Tal sentencia señala al respecto:

*“21. 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 (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia.*

*22. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar.*

*23. 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.*

*24. Con relación a estas últimas -únicas que son objeto de litigio-, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia.*

*25. 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”.*

Sobre dicha cláusula contractual, la reseñada sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda su licitud abstracta, al exponer que:

*“202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.*

*203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre*

*empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC”.*

Ahora bien, continúa dicha sentencia apuntando que:

*“256. 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”.*

Realizando ya el control de abusividad impuesto por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), y por la doctrina emanada del TJUE, el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 exige un doble filtro de transparencia en contratos con consumidores; así, se establece:

*“210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, 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".*

*211. En este segundo examen, 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.*

*212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.*

*213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[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".*

Y es que no olvida el Tribunal Supremo en la sentencia que viene analizándose la insuficiencia de información en las cláusulas suelo:

*"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.*

219. *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.*

221. *Dicho de otra forma, 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".*

Este mismo criterio ha sido el seguido por la STS de Pleno de 24 de abril de 2015, conforme a la cual *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.*

Pues bien, analizando ya el caso concreto hoy planteado, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el párrafo 225 de su sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo, no puede declararse sino el carácter abusivo de la cláusula por la que se establece una cláusula “suelo” para la fijación del interés variable de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, ello toda vez que en la misma:

a) *“Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato”*; no consta la existencia de simulaciones donde se exponga al cliente la trascendencia económica de la cláusula suelo en los distintos escenarios de tipos de interés variable; no se ha aportado, por lo que, a los efectos del presente proceso, no existe borrador de la escritura de tal manera que los prestatarios pudieran conocer anticipadamente que se iba a pactar un suelo en el tipo de interés variable. Por otro lado, la redacción de la cláusula de tipo de interés fijo y variable es ciertamente oscura y confusa: tal y como se ha transcrito literalmente en los hechos probados, es ciertamente de difícil entendimiento, sin que resulte claro cuál es el precio o interés real aplicable al contrato.

Ello es así porque, como se ha dicho que en fecha 26 de octubre de 2004, [REDACTED] suscribe escritura de compraventa con subrogación y modificación de préstamo hipotecario con la entidad Caja de Ahorros de Castilla la Mancha, actualmente BANCO CASTILLA LA MANCHA S.A., por importe de 72.120 Euros, destinados a la adquisición de vivienda.



Consta en el contrato “A efectos hipotecarios y registrales, se pacta que el tipo máximo amparado por la hipoteca, en cuanto al promotor, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS Y SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO nominal anual, y en cuanto a los futuros compradores, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al CUATRO POR CIENTO nominal anual”.

a) *“Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas”*; lo que, junto con lo dicho anteriormente, induce a error en el consumidor, ya que se da una mayor apariencia de interés variable que no tiene, dado el suelo efectivamente pactado. Es más, es que en el presente caso, ni siquiera se fija un techo real, sino uno meramente de garantía, dando una apariencia fraudulenta de contraprestación o techo a efectos obligacionales. Efectivamente, después de fijar los límites a la variabilidad del tipo de interés, se pacta un límite de variabilidad del tipo de interés nominal anual para el cálculo de la responsabilidad hipotecaria, diciendo que exclusivamente a efectos meramente hipotecarios, el tipo máximo que puede alcanzar de interés anual nominal aplicable al préstamo durante la fase sujeta a interés variable sería un porcentaje determinado.

Los actores están obligados a pagar los intereses remuneratorios que resulten en cada momento, aunque superen el referido límite, sin perjuicio de que la hipoteca sólo garantice hasta dicho porcentaje; ahora bien, al banco prestamista no se le puede obligar a cobrar un interés por debajo del porcentaje mínimo. Es decir que la garantía hipotecaria sólo cubre hasta el porcentaje determinado en escritura de intereses remuneratorios; superado dicho límite, no es que no se deban los mismos –se deben seguir pagando en su caso–, sino que no está cubierto su cobro por la garantía hipotecaria.

b) *“No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar”*; nada existe al respecto en la escritura firmada por las partes.

c) Y en consecuencia *“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”*.

En definitiva, la cláusula contractual que se analiza no supera el control de transparencia exigido por el Tribunal Supremo, no constituyendo en definitiva el

interés variable pactado sino en un interés fijo a la baja, protegiendo el interés económico de la entidad bancaria e impidiendo un abaratamiento de la operación para el consumidor. Así pues, la cláusula por la que se establece una cláusula “suelo” y que ahora se analiza debe ser declarada abusiva por falta de transparencia y, de conformidad al artículo 83.1 del TRLGDCU, nula de pleno derecho y tenerse por no puesta.

No cabe pensar en la integración de dicha cláusula a través del artículo 83.2 del Texto Refundido; al respecto y entre otras igualmente conocidas, debe traerse a colación la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10), donde, en su pronunciamiento segundo, viene a establecer que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *“debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre... que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva..., la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”*.

QUINTO.- Alcance de la declaración de nulidad.

Sobre el alcance que la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula de la escritura objeto de autos haya de tener en relación a la reclamación por parte de la actora en su demanda de las cantidades indebidamente cobradas, debemos partir del carácter esencial de la cláusula. Y es que, a diferencia de lo que sucede con la cláusula por la que se fijan los intereses moratorios, *“189. En el caso sometido a nuestra decisión -en el caso analizado por el Tribunal Supremo en la tan citada sentencia de 9 de mayo de 2013-, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.*

*190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”*.

Por lo que se refiere a la retroactividad en el pago de intereses, el propio Tribunal Supremo reconoce que como regla general (par. 283) que 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 ya indicado artículo 1303 del Código Civil. Menciona su propia jurisprudencia (STS 118/2012, de 13 de

marzo) y la jurisprudencia comunitaria (STJUE 21.03.2013). Ahora bien, a renglón seguido sostiene la posibilidad de limitar la retroactividad, acudiendo a sendas jurisprudencias. Respecto de la STS 118/2012, de 13 de marzo, el fundamento radica en evitar que una de ellas (parte) se enriquezca sin causa a costa de la otra, y respecto de la STJUE 21.03.2012 su fundamento se halla en la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves. Dicha doctrina vino refrendada por la STS de 25 de marzo de 2015, recogiendo la argumentación de la STS de 9 de mayo de 2013, ha manifestado que *Como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, menciona la del TJUE de 21 de marzo de 2013, RWE, Vertrieb, ya citada, apartado 59, que dispone que: "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.*

*En esta sentencia del TJUE se encuentran los elementos básicos en los que la Sala, en su Sentencia de Pleno, fundó la irretroactividad de la misma, a saber, seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.*

*Respecto del trastorno grave del orden público económico la sentencia de la Sala en la letra "K" del párrafo 293 afirma que: " Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas."*

*Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.(...)*



*Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.*

*Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.*

*Ahora bien, hemos de tener en cuenta la STJUE de 16 de diciembre de 2016, derivada de la decisiones prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015. Dicha sentencia concluye que 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.*

*Efectivamente, la STJUE de 16 de diciembre de 2016 argumenta que de lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.*

*Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva,*



*pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.*

*Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).*

*No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial—, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.*

*Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.*

*En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.*

*A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.*

*Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C 40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).*

*No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).*

*Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.*

*Pues bien, 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, 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 sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*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).*

Así pues, a día de hoy, este es el criterio a seguir en el presente caso, por lo que debemos condenar a la entidad demandada a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas desde el inicio del contrato, hasta la fecha de resolución definitiva del presente proceso en aplicación de tal cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cobro. Cantidad a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se hayan abonado y abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula suelo declarada nula y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin aplicación del suelo, conforme a la fórmula pactada en la escritura de tipo variable de Euribor más el



diferencial pactado, sin perjuicio de las eventuales reducciones del diferencial por la contratación adicional de diferentes productos bancarios.

SEXTO.- Intereses.

En cuanto a los intereses de demora, de acuerdo con el artículo 1100 del CC *incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.*

SÉPTIMO.- Costas.

Conforme al artículo 394.1 LEC, las costas se impondrán a la parte que hubiere visto desestimadas todas y cada una de sus pretensiones.

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

#### FALLO

Que estimando la demanda presentada por DON SANTIAGO GARCÍA DE ARCE, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre de DON [REDACTED] contra LIBERBANK representada por [REDACTED]

DECLARO la nulidad de la estipulación que establece, “A efectos hipotecarios y registrales, se pacta que el tipo máximo amparado por la hipoteca, en cuanto al promotor, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al TRES ENTEROS Y SETENTA Y CINCO CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO nominal anual, y en cuanto a los futuros compradores, no será superior al ONCE POR CIENTO nominal anual, ni inferior al CUATRO POR CIENTO nominal anual”, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dichos límites fijados en la escritura.

DECLARO de la nulidad de la novación de 4 de octubre de 2012 en lo que se refiere a los intereses aplicables .

CONDENO a la entidad bancaria a devolver las cantidades que se hubieran cobrado en exceso en virtud de dicha cláusula para el caso de que la misma llegase a haberse aplicado, más los intereses legales correspondientes, a determinar en ejecución de sentencia



CONDENO a BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A.-LIBERBANK, al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas.

Dedúzcase testimonio y únase a la presente causa, registrándose el original en el Libro de Sentencias del Juzgado.

Esta sentencia no es firme. Contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días (artículos 455 y ss LEC) previa la constitución y acreditación del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones del Juzgado.

Por ésta mi sentencia, así lo acuerdo, mando y firmo, Juan Ramón Brigidano Martínez Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y de lo Mercantil 1 de Toledo . Juzgado bis Condiciones Generales