ADMINISTRACION DE JUSTICIA

# JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7
# LEON

SENTENCIA: 00181/2017

## UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVD. INGENIERO SAEZ DE MIERA (CIF:
(FAX SCOP 987895169) (FAX SCEJ 987895015)
**Teléfono: 987895100-centralita**, Fax: UPAD 987895213
Equipo/usuario: MPC
Modelo: N04390

**N.I.G.**: 24089 42 1 2016 0005945

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000707 /2016**

Procedimiento origen: /
**Sobre OTRAS MATERIAS**
DEMANDANTE D/ña. X
Procurador/a Sr/a. JUAN ANTONIO GOMEZ MORAN ARGÜELLES
Abogado/a Sr/a. JUAN LUIS PEREZ GOMEZ-MORAN
DEMANDADO D/ña. BANCO CEISS SAU
Procurador/a Sr/a. X
Abogado/a Sr/a. x

## S E N T E N C I A

En León, a cinco de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por Doña María Teresa Cuena Boy, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número siete de León, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos bajo el número **707/2016** sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación, seguidos a instancia de Doña X, Don X y Doña X, representados por el Procurador Don Juan Antonio Gómez-Morán Argüelles y bajo la dirección del Letrado Don Juan Luis Pérez Gómez-Morán, contra la entidad BANCO CEISS, representada por la Procuradora Doña x y bajo la dirección del Letrado Don x.

## A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

**PRIMERO.-** Que por el Procurador de los Tribunales Sr. Gómez-Morán Argüelles, en la representación que acredita en estos autos, se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra

Firmado por: M.TERESA CUENA BOY
08/06/2017 15:28
Minerva

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

BANCO CEISS, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes en apoyo de su pretensión, terminó suplicando al Juzgado que, previa la tramitación del juicio, se dicte sentencia por la que: 1.- Se declare nula por abusiva debido a la falta de transparencia en la negociación de la estipulación pactada relativa a la cláusula suelo al tipo de interés del 3,5% establecida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre los litigantes, con la consecuencia de que se tenga por no puesta. 2.- Se condene a la Entidad demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula suelo. 3. Que se condene a la entidad demandada a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde el inicio de la aplicación de la mencionada cláusula. 3 bis.- Subsidiariamente a la anterior pretensión nº 3., que se condene a la entidad demandada a la restitución de los intereses indebidamente cobrados desdese la fecha de publicación de la sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013. 4.- Que se condene a la demandada a abonar a los actores el interés legal de demora sobre las cantidades que se deban entregar. 5.- Todo lo anterior, con imposición de costas a la demandada.

**SEGUNDO.-** Que admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada a fin de que en el improrrogable plazo de 20 días compareciese en autos y contestase a la demanda en legal forma, bajo los apercibimientos legales.

**TERCERO.-** Que por la demandada se ha contestado a la demanda solicitando, tras exponer los hechos y Fundamentos que consideró pertinentes en apoyo de su pretensión, que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora y subsidiariamente, estimarla parcialmente, declarando los efectos de la nulidad únicamente desde el 13 de mayo de 2013 al mes de septiembre de 2015 y, en cualquier caso sin condena en costas a la demandada.

Señalada fecha para la celebración de la audiencia previa al juicio, se desarrolló en la forma obrante en la grabación efectuada al efecto, quedando en dicho acto los autos conclusos para sentencia.

**CUARTO.-** Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales establecidas.

## F U N D A M E N T O S D E D E R E C H O

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

**PRIMERO.-** Los actores ejercitan acción individual de nulidad de la conocida como "cláusula suelo" inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada, y ello al amparo de lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, de 16 denoviembre).

**SEGUNDO.-** De los autos resulta lo siguiente:

Los demandantes suscribieron el 20 de junio de 2005 ante el Notario Don José Luis Crespo Mayo escritura de préstamo hipotecario con la entidad demandada (número de protocolo 2160). El capital del préstamo ascendió a 112.000 euros, con un plazo de amortización de treinta años.

En la cláusula tercera bis del contrato “tipo de interés variable”, se establece que en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50 %.

Por lo tanto, es evidente que la variabilidad del tipo de interés se encuentra limitada por un límite mínimo y uno máximo.

Asimismo el Notario hace constar que la parte prestataria manifiesta que ha recibido y aceptado la oferta vinculante relativa a este préstamo, que le ha entregado la Entidad prestamista en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1.994, y que las condiciones financieras de dicha oferta concuerdan con las de las Cláusulas Financieras de esta escritura.

Asimismo, el Notario, bajo el epígrafe “Comprobaciones y Advertencias” en su punto cuarto, señala que los límites de variación del tipo de interés no son semejantes, siendo al alza el 12,50% y a la baja el 3,50% y que la escritura ha sido redactada de acuerdo con la minuta presentada por la entidad prestamista, habiendo estado a disposición de la parte prestataria para su examen en la Notaría, durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento. La parte prestataria ha comparecido ante el Notario el día del otorgamiento de la escritura y pese a haberles advertido de su derecho a examen previo, renuncia expresamente al señalado plazo y a su derecho a leerla por sí.

**TERCERO.- Condición general de la contratación y consumidor.**

Es obvia la naturaleza de condición general de la contratación de la cláusula suelo cuya nulidad se pretende. En este sentido, tras la STS de 9 de mayo de 2013 cualquier discusión sobre la naturaleza jurídica de la cláusula suelo ha de entenderse superada, derivándose de la lectura de dicha sentencia que la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés es una

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

condición general que se impone por el predisponente, ya sea en un contrato originario o en otros que, por cualquier clase de vínculo contractual (subrogación o novación, o ambas cosas), trasladan la cláusula al ámbito de la relación contractual con el consumidor.

Tampoco es objeto de discusión la condición de consumidor de la parte prestataria.

**CUARTO.- Sobre el control de transparencia.**

Partiendo, por tanto, de la naturaleza de la cláusula que se analiza como una condición general de la contratación y que los demandantes son consumidores, debe analizarse ahora la la validez o nulidad de la cláusula, pues como ha señalado el Tribunal Supremo, aunque la cláusula suelo como toda condición general de la contratación puede ser lícita, se puede declarar su nulidad por falta de transparencia, debiendo tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control. Se considera procedente, pese a la postura de la parte demandada, comenzar analizando esta cuestión, pues la conclusión a la que se llegue en relación con este extremo inciden necesariamente en los efectos que en su caso pueda producir el pacto privado al que dicha parte alude.

En concreto, de la jurisprudencia resulta la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución.

En su sentencia de 9 de mayo de 2013 el TS, en relación con las cláusulas que establecen límites a la variación del tipo de interés en contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos por consumidores, aludió al doble control de transparencia exigible respecto de las citadas cláusulas en relación con los requisitos para su incorporación al contrato y a la comprensión real por el consumidor de la importancia de la cláusula en el desarrollo del mismo.

En su Sentencia de 8 de septiembre de 2014, aludió nuevamente a dicho mecanismo de control: *"el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato*

*celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).*

*7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/1 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.*

*8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto*

*principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".*

En la Sentencia de 24.03.2015 insiste en la misma idea:

*"Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ».Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».*

*Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente 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 subrepticiamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".*

*4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 (LA LEY 1490/1998) y 7 LCGC (LA LEY 1490/1998)), en los arts. 80.1 (LA LEY 11922/2007) y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) (en lo sucesivo, TRLCU (LA LEY 11922/2007)), interpretados conforme al art. 4.2 (LA LEY 4573/1993) y 5 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 (LA LEY 16295/2013), caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».*

**QUINTO.-** En relación con el caso concreto planteado en estos autos, los demandantes señalan que no fueron informados en ningún momento de la existencia de la cláusula suelo como tal, tampoco se explicó el coste financiero que asumían en caso de distintos escenarios de variación de tipos de interés, al alza o a la baja, ni se compararon las características del préstamo suscrito con ningún otro producto financiero similar y/o alternativo de la entidad financiera. Que la actora se limitó a solicitar un crédito hipotecario para compra de una vivienda

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

unipersonal y firmó el concedido por la demandada, sin que se le diera opción alguna y siguiendo el modelo de contratación en masa a través del típico contrato de adhesión. Y sostiene, asimismo, que la cláusula discutida es una condición general de la contratación (extremo este ya superado en el fundamento anterior).

La demandada niega estas afirmaciones y así se desprende de lo manifestado por dicha parte en los hechos de su escrito de contestación al señalar que *sin entrar a valorar la mayoría de las afirmaciones gratuitas, interesadas y, desde luego, no acordes con la realidad de lo sucedido…*

En estos autos, únicamente obra la prueba documental presentada por ambas partes de la que resulta la existencia de la cláusula discutida, expresamente recogida en la Estipulación Tercera Bis de la escritura pública otorgada y a la que se hace referencia entre las advertencias del Notario. Y, como ha quedado expuesto, resulta de la lectura de la escritura la advertencia del notario sobre la existencia de límites a la variación del interés y que estos no son semejantes al alza y a la baja, así como la renuncia de los prestatarios a leer por sí la escritura que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la prestamista.

Ciertamente, la escritura es leída por el Notario autorizante, pero ello no suple el deber de información que recae sobre la parte acreedora, deber de información que es anterior al del otorgamiento de la escritura. Además, debe señalarse que la cláusula en la que se inserta la limitación del tipo de interés contiene muchos apartados hasta llegar a la impugnada y es obvio, por otro lado, que la simple claridad gramatical o formal de la cláusula no colma las exigencias de transparencia de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

En efecto, el control no queda reducido a la claridad, inteligencia gramatical y comprensibilidad formal de la cláusula. Además, dicho control tampoco tiene por finalidad valorar la validez del consentimiento otorgado, dado que no se trata ni se está hablando aquí de vicios o error en elconsentimiento.

Como señala el TS en su sentencia de 8 de septiembre de 2014: *"también resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del*

*respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".*

Asimismo, en su sentencia de 25 de marzo de 2015, el TS señala que *"debe tomarse en consideración que el art. 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Y que el art. art. 7. 3. 2. c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los « [...] límites a la variación del tipo de interés », establece que «en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes ». Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variablepactado.*

*Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada."*

En todo caso, aunque la oferta vinculante se hubiese entregado a los actores ello tampoco satisface las exigencias de comprensión real de la cláusula, y además como señala la jurisprudencia es muy cuestionable que pueda afirmarse superado siquiera el primer control.

En este sentido, no se acredita que el banco haya proporcionado, en relación con dicha oferta, una información comprensible sobre su contenido y específicamente sobre las consecuencias que para la parte demandante derivaba de la inclusión en el préstamo de la denominada cláusula suelo, cláusula que convierte a un préstamo con interés variable (según lo que supuestamente firmaban los demandantes) en un préstamo con interés fijo al llegar al límite mínimo señalado y variable al alza en otro caso.

Por otro lado, en cuanto a la claridad de la cláusula, el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, se refiere a la claridad gramatical aislada y conjunta de la cláusula contractual. En concreto, la AP de Madrid en la sentencia que fue objeto del recurso resuelto por el TS en la sentencia citada señala que *"Se trata de una condición general que, aunque su redacción sea ciertamente clara, está enmarcada en el contexto de una pluralidad de epígrafes subsiguientes al de la estipulación de un interés variable, en el que se inserta esta mención, de*

*modo que prevalece la apariencia de que el tipo sería nominalmente variable al alza y a la baja cuando, en realidad, exclusivamente lo sería hacia arriba, pues hay una limitación que merced a ese tope inferior lo convertiría en fijo, por debajo, a favor del banco. Se encuentra además ubicada en el condicionado general entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor."*

El TS señala al respecto lo siguiente: *"Podemos coincidir con el recurrente en que la cláusula suelo utilizada por el "Banco Popular" es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, incluida la que en este caso compareció como codemandada. Pero como acertadamente advierte la Audiencia Provincial no se trata de enjuiciar aisladamente la conclusión final que establece el suelo en el 4,50%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable.*

*Además, como también indica la resolución recurrida, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza".*

*Ciertamente no debe considerarse de forma aislada la frase "pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,50 por ciento anual.."; Debe considerarse si resulta una redacción clara y comprensible para el ciudadano medio el conjunto de disposiciones que determinan a lo largo de la extensísima estipulación sin numerar que trata todas las condiciones modificadas del préstamo el interés remuneratorio a pagar. La cláusula limitativa es una condición que se desliza entre una cantidad importante de datos y que perfectamente puede pasar desapercibida para quien no lee con frecuencia escrituras públicas de préstamos hipotecarios*.

Tampoco se supera el segundo control de comprensibilidad real de la cláusula. No existe en estos autos dato alguno que permita concluir que el Banco demandado proporcionó toda la información que los demandantes precisaban a fin de lograr la real comprensión de la cláusula o estipulación cuestionada. Esa información, que no consta se haya facilitado, debería haber permitido a los actores conocer el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, su incidencia en el precio del préstamo (objeto principal del contrato) y les debería haber permitido conocer conocer la carga económica de la

operación realizada y la carga jurídica que asumían en relación con los elementos típicos del contrato y con el reparto de los riesgos que representaba.

Es evidente que para facilitar esa información no basta con la mera referencia a la existencia de un tipo mínimo y un tipo máximo que incluso puede ser engañoso o inducir a error a los prestatarios que pueden creer que existe una reciprocidad que realmente no existe dados los tipos mínimos y máximosestablecidos.

En definitiva, esta es la situación que se aprecia en este caso, estimándose que la cláusula impugnada no supera ninguno de los dos controles de transparencia. En este sentido, (STS de 9 de mayo de 2013), no existe en autos dato alguno que de que haya existido información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Se inserta de forma conjunta con las cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma. No consta la existencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. Y no consta tampoco la existencia de 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, no se considera acreditado en este caso que las demandantes tuvieran una compresibilidad real de los efectos económicos de la aplicación de la cláusula cuestionada en el momento de la suscripción del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por lo que no puede estimarse acreditado que se haya facilitado información específica al respecto.

Por todo ello, la citada cláusula debe declararse nula, dado que no se ha aportado por la entidad demandada documentación acreditativa de haberse explicado suficientemente a los demandantes, sin olvidar, además, que la cláusula analizada aparece incluida dentro de una cláusula mucho más extensa en la que en principio lo que se desprende de su lectura, comenzando por su título, es que el interés pactado es variable, entrando en contradicción dicho título con la fijación de un límite mínimo que, de llegar a dicho tope o umbral, transforma en fijo el interés, no ofreciéndose explicación o información alguna sobre las consecuencias o la repercusión económica que conlleva la transformación de un interés variable en un tipofijo.

**SEXTO.- Consecuencias de la nulidad.**

Ciertamente la STS de 9 de mayo de 2013, señalaba en su fallo lo siguiente: "No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia".

No obstante, el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 concluye que es contrario al derecho de la Unión la limitación de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en el marco de un contrato celebrado con un consumidor.

En concreto, se señala que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.

Por lo tanto, queda claro en dicha sentencia, que la no vinculación del consumidor a cláusulas declaradas abusivas (art. 6.1 de la Directiva) y la aplicación de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las mismas (art. 7.1) choca con una doctrina que más allá de lo que estable la norma de derecho positivo, limita en el tiempo la eficacia de la declaración de nulidad y, en consecuencia, los jueces no pueden realizar una interpretación de la norma y jurisprudencia contraria a al ordenamiento comunitario y a la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta.

**SÉPTIMO.- REVISIÓN DE CONDICONES FINANCIERAS DE PRÉSTAMOS VIGENTES. PACTO PRIVADO TIPO DE INTERÉS PARA 3-5 AÑOS.**

Afirma la pare demandada que lo único fundamental para resolver este proceso es la carencia de objeto toda vez que con fecha 17 de agosto de 2015, la demandada y los actores pactaron dejar sin efecto la cláusula suelo desde el 21 de septiembre de 2015, por lo que la pretensión articulada con carácter principal y de la que se derivan las otras pretensiones ya ha sido cumplida, careciendo la demanda de verdadera pretensión.

Pues bien, en el citado pacto se modifica el interés y se establece un interés fijo del 2,5%. Tipo este último aplicable hasta el 21 de junio de 2021 y a partir de ahí el previsto en el contrato inicial sin aplicación de la cláusula suelo. En el documento presentado se señala que el prestatario manifiesta expresamente conocer las condiciones financieras vigentes del préstamo, estar informado, comprender las mismas y mostrarse conforme con su aplicación, incluida la aplicación de la cláusula de tipo mínimo (cláusula suelo) hasta estemomento.

Con apoyo en el pacto privado señalado, sostiene la entidad demandada que se ha producido una novación del pacto, lo que le lleva a sostener que la demanda o el proceso carece de objeto y solo para el caso de que no se acepte esta tesis pretende que dicho pacto privado surta efectos desde su fecha, de forma que la devolución de cantidades solo procedería hasta el mes de septiembre de 2015 y desde el 13 de mayo de 2013.

En relación con lo anterior, conviene señalar que como ya se ha indicado en Fundamentos precedentes, la cláusula suelo es nula y si dicha cláusula es nula también lo es su pretendida novación. Baste recordar a este respecto el contenido del artículo 1208 CC de acuerdo con el cual la novación es nula si lo fuera también la obligación primitiva.

En este sentido, como señala la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia de 27 de abril de 2017:

*"Invoca la recurrente que en el presente caso los actores habían suscrito un documento privado de fecha 9 de agosto de 2013 en el que los mismos manifestaban en su expositivo haber negociado el contrato de préstamo, haber sido informados de la inicial existencia de una cláusula suelo, así como que la habían negociado -convenido-, que la parte prestataria reconocía la existencia de un tipo mínimo de interés contenido en el contrato y que el tipo de interés mínimo convenido en el contrato y en esta novación propuesta es un elemento esencial del contrato para determinar el tipo de interés que se viene aplicando en el préstamo y, además, tras fijar una cláusula con un interés mínimo menor, mantiene como estipulación -la tercera- que "ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas todas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha cuya corrección reconocen".*

*Se alega que el actor conocía las características de la cláusula en litigio por la ulterior novación realizada por el actor conociendo ya la cláusula suelo del contrato inicial y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, así como que esta tenía carácter confirmatorio del contrato y suponía una renuncia a la acción de nulidad. Tal documento no tiene carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el auto nº 77/2016, de 18 de febrero, (rollo 565/2015) de esta Sala ha declarado que:*

*"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del art. 1.255 del CC y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*A ese respecto la actora, con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE, mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.*

*En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:*

*"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 -de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".*

*Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producit effectum -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo*

*ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.*

*Incluso frente a las alegaciones de la recurrente habrá que concluir:*

*a) Que la declaración contenida en el documento novatorio de referencia atinente a la existencia de información sobre la existencia de una cláusula suelo inicial y el carácter negociado de la misma, ha de reputarse una declaración de voluntad, no una declaración de conocimiento, y es realizada en el expositivo del documento, unilateralmente prerredactado por la entidad y que no constituye objeto estrictamente del pacto. La existencia o no de información previa y el carácter negociado o no del contrato no dependen de la declaración de los actores en un expositivo de un documento dirigido a rebajar la entidad de la cláusula suelo fijada en el contrato y que no es objeto específico de negociación, sino de imposición, por la demandada dentro de un texto cerrado y en el marco de una campaña general de la misma para pactar con sus clientes esta solución.*

*Por ello, ni esta declaración estereotipada permite concluir que la actora sabía, ni entonces, ni antes, del carácter de condición general de la cláusula en litigio, ni acredita su carácter negociado, ni que el consumidor que la suscribió tuviera otra intención distinta a la de rebajar su carga económica hipotecaria en alguna medida.*

*b) Pero, además, el pacto referido a la renuncia a ejercitar acciones, tratándose de una relación consumidor-entidad en el marco de la contratación seriada, no puede tener la eficacia pretendida por la recurrente y ello por lo siguiente:*

*1) Dentro del propio Código civil, el artículo 1.208 del mismo establece la nulidad de la obligación nueva, si la novada también lo fuera. En el presente caso, la cláusula originaria, tras su enjuiciamiento por el juez a quo ha sido considerada nula por contrariar la normativa de consumo, y la Sala, en esta resolución, ha aceptado tal declaración.*

*2) El propio art. 1.255 del CC, aun fuera de la contratación seriada, lo que no es el caso, fija entre los límites a la libertad contractual, el ordenpúblico.*

*3) Otro tanto establece el art 6.2 de la CC en lo atinente a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos. El orden público es, de nuevo, un límite a la misma*

*4) En el ámbito del Derecho de consumo, el art 10 de la LGDCU prohíbe la renuncia previa a los derechos de los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos (art 6 del CC).*

*5) De igual manera, el art 8, incisos b) y f), de la LGDCU establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusiva e impone la protección de los mismos mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*6) En el ámbito de la Directiva de protección a los consumidores, el art 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la finalidad de proteger un principio general de derecho comunitario como es la protección de los consumidores y el reemplazo de un aparente equilibrio formal de los derechos de los contratantes, por otro real, material, apto para restablecer con efectividad la precedentemente inexistencia igualdad entre las partes, se constituye como una norma imperativa y de orden público -equivalente a las normas que en el derecho nacional tengan naturaleza de norma de orden público- (STJUE de 21 de diciembre de 2016 y 30 de mayo de 2013 apartado 44). Esto es, la no vinculación de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es una imposición del derecho comunitario a los estados miembros. La declaración de abusividad de una cláusula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula. (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 61). Por ello, la declaración de nulidad de la cláusula abusiva también habrá de determinar la de aquellos pactos, novatorios, modificativos o, déseles la naturaleza que se quiera, que tengan su fundamento o apoyo en la cláusula declaradanula.*

*Incluso no puede alegarse que fue el consumidor el que aceptó la aplicación de la cláusula nula, conforme a la STJUE de 21 de febrero de 2013, Asunto C-472/11, que establece que:*

*35 Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.*

*No es este el caso, en cuanto no hubo una renuncia a hacer valer su derecho con conocimiento de la posible nulidad, sino, precisamente y conforme al tenor literal del documento suscrito, este partía de la validez de la cláusula y para mejorar la situación contractual del actor, "teoría del mal menor". En modo alguno la entidad demandada cuestiona, menos aún ante un órgano judicial, la eficacia de la cláusula de interés mínimo en el momento de suscribir el acuerdo novatorio, sino que se atemperan sus consecuencias a cambio de la imposición de la renuncia a reclamar en el futuro y por los intereses vencidos y abonados, cuyo final y definitivo importe no ha conocido el consumidor hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS nº 123/2017, de 24 de febrero, que modifica la propia doctrina previa del Alto tribunal. Esto es, se trataba de una renuncia a una pretensión que solo posteriormente se fijó*

*en los términos ya señalados, ineficacia ex tunc. Estima la Sala que no es este el supuesto en que el TJUE permite la aplicación de la cláusula nula a petición del consumidor y previa audiencia del mismo. La prueba de que no es este el supuesto es que son los actores, tras la firma del documento novatorio y con fundamento en la ineficacia de su precedente, los que interesan la ineficacia de ambos.*

*7) En estos términos, de las consideraciones realizadas tanto con base en el derecho interno como en la normativa comunitaria, difícilmente puede estimarse que los actores vinieron contra sus actos propios contrariando la buena fe. Esta alegación, propia del ámbito de la contratación civil negociada, no puede ser mantenida en la contratación seriada por las razones ya expresadas. El actor quería rebajar la carga económica del contrato, para ello aceptó una rebaja de la cláusula de interés mínimo a cambio de unas declaraciones negociales y unas obligaciones que, amén de su mera declaración respecto a las primeras pues no hay prueba de que fueran ciertas, dada la predisposición del negocio jurídico suscrito, es dudoso que fueran más allá de una conformidad genérica con la rebaja del interés mínimo, lejos del pleno conocimiento de los derechos renunciados, novados o confirmados. Reitera la Sala que una efectiva negociación con arreglo a las exigencias de la buena fe contractual hubiera debido partir de la renuncia por la entidad a la inclusión de la cláusula sospechosa y el inicio de una nueva negociación del contenido contractual atinente a los intereses desde una situación previa a la imposición de la cláusula tachada de nula. Por el contrario, la demandada partió, sin ser consciente la actora de ello, del principio contrario, el de la validez de la cláusula de interés mínimo, ofreciendo una rebaja de su rigurosidad y pidiendo contrapartidas paraello.*

*De todo lo anterior, resulta que la ineficacia del pacto novatorio, no reside tanto en los defectos intrínsecos al mismo, que también los tiene -imposición de declaraciones de voluntad, ofrecimiento de contrapartidas a cambio de atenuar una cláusula ya "sospechosa", que finalmente se ha estimado nula por infracción de la normativa europea y nacional, y efectos atenuadores o moderadores de su eficacia a cambio de la imposibilidad de ejercitar acciones judiciales fundadas en normas de orden público e imperativas-, sino fundamentalmente porque la declaración de nulidad de la condición general originaria tiene un efecto de propagación de las efectos de la nulidad del negocio jurídico a los actos que tengan su base en la misma ( sentencia de esta Sala nº 389/15 de 7 de octubre y, recientemente, el TS ha estimado la misma solución y para el negocio de canje de otros productos financieros por los declarados nulos en sentencias nº 584/2016, de 30 de septiembre , y 614/2016, de 7 de octubre).*

*En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la acción de ineficacia frente a la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor en los términos planteados por la recurrente.*

La doctrina fijada en dicha sentencia es plenamente aplicable al presente caso, debiendo señalarse que las condiciones contenidas en el pacto de novación o modificación son condiciones generales porque no consta que hubieran sido negociadas. En dicho pacto se recogen manifestaciones de las partes como si realmente se hubieran efectuado, pero la demandada no acredita que ese pacto fuera fruto de previas negociaciones entre las partes presididas por la adecuada transparencia e información.

Asimismo, como señala la Sentencia de la AP de Salamanca de 2 de febrero de 2017, *la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación de la directiva 93/13, de cláusulas abusivas, mantiene un criterio diferente. Debe señalarse nuevamente que la sentencia de 21 de diciembre de 2016, obliga a restablecer de forma plena la situación de hecho y de derecho que existiría si hubiera introducido la cláusula abusiva. Asimismo, tras la sentencia de 12 de junio de 2012, (asunto Banesto Calderón Camino), y otras muchas, insiste en que no debe procederse a la moderación o subsanación del vicio cometido como consecuencia de la incorporación de una cláusula abusiva, pues ello supondría privar de la eficacia disuasoria que en definitiva pretende la citada directiva.*

*42. La reciente sentencia del mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 (asunto Banco Primus) establece que un examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.*

*43. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.*

*44. Por otra parte, el necesario carácter en disuasorio de la Directiva y el alto nivel de protección de los consumidores exigido por la Unión Europea, obliga a eliminar totalmente del contrato la cláusula suelo introducida con falta de trasparencia, siendo la citada cláusula totalmente nula, y como es sabido, lo que es nulo no produce efectos, siendo su nulidad radical y absoluta desde el primer momento de su introducción en el contrato, habiendo establecido la citada sentencia de 21 de diciembre de 2016, la imposibilidad de limitar retroactivamente la eficacia de dicha nulidad.*

*45. Por todo ello, los consumidores, Don Tomás y Doña Flora , cuando llevaron a cabo la modificación de las condiciones del contrato de préstamo hipotecario en lo relativo a la*

*fijación de un tipo de interés mínimo negociado por periodo de cinco años, ciertamente, como dice la sentencia de instancia, tenían ya algún conocimiento del debate social y jurídico respecto de las citadas cláusulas, pero la entidad bancaria, profesional, y dueña de alguna forma del negocio, en cuanto que fue quien introdujo la cláusula abusiva, también sabía sobradamente que dichas cláusulas eran nulas y no podían producir efecto alguno, y eso lo sabía sin ningún género de dudas al menos desde el 9 de mayo de 2013, habiendo sido condenada reiteradamente por los tribunales de esta ciudad por la introducción de la citada cláusula en gran número de contratos.*

*46. Así las cosas, nunca debió forzar, como forzó, la negociación transitoria, pero con una transitoriedad de nada menos de cinco años, para una mínima rebaja del tipo de interés mínimo o cláusula suelo, además condicionándolo a la suscripción de otros productos ofrecidos por la misma entidad financiera como un plan de pensiones e incluso la posible contratación de un seguro de vida.*

*47. Debemos tener en cuenta que el artículo 3.1 apartado 3, de la Directiva 93/13, y el anexo que lo complementa considera como cláusulas abusivas: i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato; o) obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas.*

*48. En el presente caso, se ha movido la voluntad del consumidor por parte de la entidad bancaria, de nuevo faltando al adecuado deber de información, que supondría advertirle de que la cláusula suelo introducida en el contrato originario era nula.*

*49. Por todo ello, el consentimiento prestado para la firma del contrato de modificación de condiciones de 28 de julio de 2015, está viciado también por error y, en consecuencia debe estimarse totalmente la demanda interpuesta por los actores, condenando a la entidad bancaria a estar y pasar por la declaración de nulidad de la cláusula suelo introducida en el contrato originario y la modificación operada con posterioridad, debiendo devolver las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso durante la aplicación de la cláusula suelo desde el inicio de la relación contractual.*

En definitiva, el posterior pacto de revisión parte de una cláusula que es nula y que por ello mismo arrastra consigo a las posteriores, tratándose de un pacto que, partiendo de su validez (inexistente) pretende su modificación a fin de evitar las consecuencias que derivan de la nulidad ab initio de la cláusula suelo por su evidente carácter abusivo. El hecho de que los demandantes en su demanda soliciten con carácter principal la devolución de todo lo

indebidamente cobrado desde el inicio del préstamo encierra implícitamente una petición de anulación de aquella revisión.

En el mismo sentido la sentencia de la AP de Badajoz de 3 Ene. 2017, en la que se señala en relación con un supuesto similar, lo siguiente:

*“Esta cuestión ya la hemos resuelto en supuestos parecidos. Baste citar nuestro auto 175/2016, de 21 de diciembre. Decíamos lo siguiente:*

*"La sola circunstancia de que el préstamo se modificara en 2015 no permite presumir que don Agapito y doña Estefanía estuvieran debidamente al corriente de su objeto y efectos. La confirmación de un contrato, en los términos del artículo 1309 del Código Civil, solo es viable si el contratante tiene conocimiento del vicio y, con todo, manifiesta tácita o expresamente su propósito de dar por bueno el contrato, de no instar su nulidad. Quiere ello decir que "Caja Rural de Extremadura" debería haber justificado que, al tiempo de la modificación a la baja del suelo, del 4 al 3,5%, los prestatarios ya habían sido informados cumplidamente de la cláusula suelo. La falta de información inicial no se subsana por más que se modifique el préstamo. Ese defecto inicial se arrastra, de modo que las sucesivas novaciones no subsanan la falta de transparencia. El Tribunal Supremo, al hilo de los numerosos recursos sobre productos financieros de los que viene conociendo los últimos años, ha dejado claro que ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni tampoco el encadenamiento de diversos contratos constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidar o confirmar el contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria (por todas, véanse las sentencias 691/2016, de 23 de noviembre y 605/2016, de 6 de octubre).*

*En este caso, está claro que, en agosto de 2015, "Caja Rural de Extremadura" siguió sin cumplir sus deberes de información, pues, como es evidente, en esa fecha, ningún consumidor debidamente informado habría aceptado las nuevas condiciones. "Caja Rural de Extremadura" lejos de quitar la cláusula suelo del 4% y devolver lo cobrado indebidamente al menos desde el 9 de mayo de 2013, se limitó a ofrecer una rebaja de medio punto del suelo, que quedó fijado en el 3,5%, a cambio a buen seguro de una renuncia de acciones. Bien puede decirse que más falta de transparencia ha existido en la novación de 2015 que en la suscripción del préstamo hipotecario en 2004. Y es que, en 2015, "Caja Rural de Extremadura" ya contaba a sus espaldas con muchas sentencias condenatorias sobre esa misma cláusula de otros tantos clientes, con lo cual sabía perfectamente que estaba abusando de la confianza de los prestatarios".*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*Estas consideraciones son por completo trasladables al presente caso. El préstamo hipotecario suscrito el 29 de agosto de 2008 tenía un suelo del 3% y, con fecha 27 de mayo de 2015, "Ibercaja Banco, SA" lo bajó al 2,25%.* ***Es obvio que esta novación se ha hecho de forma irregular, pues sigue adoleciendo del mismo defecto que la cláusula original. Entre otras cosas porque una cláusula abusiva no puede sanarse o integrarse para que siga surtiendo efectos. No es tan fácil deshacer lo mal hecho: no basta con que se haga una novación más favorable a los intereses del consumidor. La novación de lo nulo ningún efecto produce, nulo sigue siendo. Es además, como señala el TJUE, una cuestión de orden público, de modo que la renuncia del consumidor frente al profesional no es válida.***

*Debemos insistir también en que no hay acto propio. Estaríamos ante un supuesto de error excusable, pues no se proporcionó al cliente información comprensible y adecuada. La actora no fue informada detallada y claramente sobre sus derechos. El acto propio requiere pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica. Para renunciar hay que tener verdadero conocimiento del vicio (sentencias del Tribunal Supremo 595/2016, de 5 de octubre, 577/2016, de 30 de septiembre y 503/2016, de 19 de julio).”*

De acuerdo con lo expuesto, procede la íntegra estimación de la demanda presentada procediendo reponer a la parte actora en la situación en la que debería encontrarse de no haber existido nunca la cláusula que se declaranula.

Por lo tanto, la demandada debe restituir las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo desde el inicio del contrato de préstamo, desde que se aplicó por primera vez la cláusula suelo hasta la actualidad.

A dicha cantidad debe añadirse, en virtud de lo dispuesto en el citado art. 1303, 1100 y 1108 CC, el interés legal del dinero desde la fecha del cobro de cada una de las cantidades señaladas hasta el pago íntegro; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC. Debe tenerse en cuenta que las consecuencias derivadas de la nulidad son accesorias e, incluso, apreciables de oficio, porque el tribunal ha de acordar en todo caso la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas para consumidores y eliminar todos los efectos derivados de su aplicación. Este principio básico asentado en el concepto mismo de nulidad por abusividad, tiene su reflejo incluso en el ámbito de la nulidad de los contratos: " La obligación de restitución de las prestaciones recibidas que establece el Art. 1303 del Código Civil para cuando se declare la nulidad de una obligación, aplicable según la doctrina de esta Sala a los supuestos de resolución contractual, no precisa de petición de parte, en razón del principio «iura novit curia», por lo que el Juzgador de

instancia debió así acordarlo. Al no hacerlo, ha incurrido en la incongruencia omisiva denunciada por lo que ha de estimarse el motivo en este aspecto" (STS 6 de octubre de 2006).

**OCTAVO.-** La íntegra estimación de la demanda conlleva a la condena en costas de la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación al caso.

## FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por Doña X, Don X y Doña X, representados por el Procurador Don Juan Antonio Gómez-Morán Argüelles, contra la entidad BANCO CEISS, representada por la Procuradora Doña x, debo declarar y declaro:

1º.- La nulidad de la cláusula financiera TERCERA BIS de la Escritura de Préstamo Hipotecario de 20 de junio de 2005 por la que se establece una limitación a la variación del tipo de interés fijando un mínimo de un 3,50 % y su modificación al 2,5 % en documento privado de agosto de 2015, con la consecuencia de que se tengan por no puestas.

2º.- Se condena a la Entidad demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario excluyendo la aplicación de la cláusula suelo y sus posteriores modificaciones.

3º.- Se condena a la entidad demandada a la restitución de los intereses indebidamente cobrados con efectos retroactivos desde el inicio de la aplicación de la mencionada cláusula y su modificación.

4º.- Se condena a la demandada a abonar a los actores los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta el pago, conforme al art. 1108 CC y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC.

Todo ello, con imposición de las costas causadas a la parte demandada.

La presente sentencia, que se notificará a las partes, no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial dentro del plazo de VEINTE DÍAS a contar desde la fecha de su notificación, recurso que se interpondrá de conformidad con lo establecido en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significándose que de conformidad con lo establecido en la DISPOSICIÓN ADICIONAL

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

DECIMOQUINTA de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, la parte recurrente deberá de **consignar como depósito** la cantidad de **CINCUENTA EUROS** ( 50 € ), depósito que se realizará mediante consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Juzgado y que deberá de acreditarse al tiempo de ser interpuesto el recurso, haciéndose constar que en el caso de estimación total o parcial del recurso se procederá a devolver al recurrente la totalidad del depósitoconstituido.

Así, por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.