

Roj: SJM SE 6/2014
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 769/2013
Nº de Resolución: 9/2014
Fecha de Resolución: 16/01/2014
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores
Ponente: EDUARDO GOMEZ LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE SEVILLA

Avda. de la Buhaira nº 26 Edificio NOGA - Planta 7ª

955921005 Tlf: 955519097- 955519096- 662977867-662977867, Fax:

Número de Identificación General: 4109142M20130002179

Procedimiento: Juicio Ordinario 769/2013. Negociado: 6

JUZGADO MERCANTIL Nº 1

SEVILLA

Procedimiento Ordinario nº 769/13

SENTENCIA Nº 9/2014

En Sevilla, a 16 de enero de 2014.

Vistos por mí, Eduardo Gómez López, Magistrado Juez de este Juzgado, los presentes autos seguidos bajo el número arriba indicado, se procede a dictar la presente resolución. Este procedimiento ha sido seguido entre las siguientes partes:

-PARTE DEMANDANTE: Esteban , representados y defendidos por los profesionales arriba referenciados.

-PARTE DEMANDADA: CAIXABANK SA (por sucesión de BANCA CÍVICA SA), representado y defendido por los profesionales arriba referenciados.

Ejercita el demandante una acción individual de nulidad de condiciones generales de contratación y otra de devolución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula cuya nulidad se postula.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se interpuso en el Decanato de esta capital, por el Procurador de la actora, demanda de juicio ordinario siendo turnada a este Juzgado, en el que se ha registrado con el nº arriba señalado.

En dicha demanda se ejercitaban las acciones antes señaladas solicitando que se dictara una sentencia en la que se:

1. Declare la nulidad de la estipulación que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable un 4,50%, así como la elimine del contrato, y cuyo contenido literal es: (...) Se establece que, desde la primera revisión de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de será inferior al 4,50% (...)

2. Condene a la entidad a la devolución de las cantidades que se hubieran cobrado en virtud de la condición declarada nula de acuerdo con las bases explicadas ut supra, así como indemnice los daños y perjuicios causados, sumando a las cantidades pagadas de más el interés legal del dinero, así como los intereses que legalmente corresponda. Salvo error aritmético, la cantidad abonada de más hasta la fecha de interposición de la demanda como consecuencia de la cláusula suelo asciende a 2.503,5 euros de intereses, a los que habrá de sumarse el interés legal del dinero.

Se condene igualmente a la entidad demandada a recalcular y rehacer, excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios a interés variable suscritos con el demandante, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado a la fecha de interposición de la presente demanda, más el interés legal desde ha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

Se condene a la entidad demandada a abonar todas las cantidades pagadas de más desde la fecha de interposición de la presente demanda hasta que se dicte sentencia.

4. Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO. La demanda fue admitida a trámite y la demandada emplazada debidamente.

TERCERO. La demandada se opuso en tiempo y forma a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda.

CUARTO. Se celebró la preceptiva audiencia previa para todas sus finalidades previstas legalmente y con asistencia de todas las partes.

Se desestimaron las excepciones procesales alegadas por la

demandada.

Las partes propusieron prueba siendo rechazado el interrogatorio del actor y la testifical propuestos por la demandada, que recurrió en reposición y protestó contra la denegación de dicho recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. POSICIONES DE LAS PARTES.

Ejercita la actora una acción individual de nulidad de la condición que aparece en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria a tipo de interés variable por la que se establece un límite mínimo o "suelo" del 4.50% a la variabilidad del tipo a pagar por los prestatarios. Ha de decirse que junto a la cláusula suelo hay también un tipo máximo o "techo" de un 15%. Entiende la actora que dicha nulidad deriva:

a) tanto por presentar un carácter claramente abusivo, por ser contraria a la buena fe y causar en perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato,

como por su falta de transparencia.

Funda su acción en los arts. 51CE, arts. 1,2y8 de la LCGC de 13/4/1998, art 3y82 TRLGCU del RDL 1/2007, de 16 de noviembre (anterior art 10 bis y DA Primera de LGDCU de 19 de julio de 1984), art 6.3, 1256, 1258 y 1303 CC, y art 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y art 48.2.e) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de la entidades de crédito.

Frente a ello CAIXABANK SA, que asume la posición contractual de BANCA CÍVICA por absorción (en adelante el BANCO), de forma extractada se opone por los siguientes motivos: a) la cláusula impugnada no fue predispuesta ni impuesta ni oscura; b) la cláusula impugnada no provoca un desequilibrio importante ni injustificado de las obligaciones contractuales en perjuicio de los demandantes; c) no ser abusiva, por no comportar ruptura del equilibrio comercial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes; y d) es una cláusula transparente.

Con carácter previo a los razonamientos que siguen ha de señalarse el error cometido por la actora. La escritura en la que se denuncia la cláusula nula recoge la compraventa (entre el actor y BLHUMA), subrogación y novación modificativa del préstamo promotor pactado por BLHUMA y BANCA CÍVICA (luego CAIXABANK). Pues bien, cuando la actora alude en su demanda a la cláusula nula se refiere no a la novada sino a la inicialmente pactada entre el promotor y la financiera citados, siendo que la nueva cláusula es diferente porque se fija un tipo mínimo de 3.95% manteniéndose el máximo en el 14%. A juicio de este juzgador, la obligación que el Derecho comunitario atribuye al juez de controlar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales firmadas con consumidores -cualidad que tiene el actor- hacen que deba entenderse salvado dicho defecto, del que era

consciente el demandado cuando contestaba (ver nota 2 de la contestación) y en la audiencia previa, sin que en ningún caso opusiera defecto legal en el modo de proponer la demanda ni pueda considerarse que mediara indefensión.

SEGUNDO. SOBRE LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA.

Discute la demandada, en primer lugar que la cláusula litigiosa tenga la condición de cláusula general de contratación.

Como es sabido, los litigios en materia de condiciones generales de la contratación son competencia de los juzgados mercantiles. En cambio, la impugnación de cláusulas que no sean condiciones generales son competencia de los juzgados de primera instancia. Así las cosas, la falta de discusión de la naturaleza de la cláusula mediante la interposición de una declinatoria, debería llevar a denegar sin más la negación de la naturaleza de condición general de la contratación.

Por otra parte, la definición y régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación se contiene en la Ley 7/1998, de 13 abril 1998 reguladora de las condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC). Ley que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, siendo la opción elegida la de incorporar dicha Directiva citada mediante una Ley reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación de ámbito no limitado a los consumidores y al mismo tiempo, a través de sudisposición adicional primera, modificar el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fue derogado por la legislación vigente al tiempo de celebrarse el contrato, el actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

El artículo 1 de la LCGC da una concepto auténtico al decir "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"

Tres notas caracterizan dicho concepto legal:

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

2. Imposición: la otra parte contractual (el adherente) solamente puede adherirse a ella, es decir, el actor, solo puede asumirla o aceptarla si quiere contratar el préstamo. La imposición se conecta con la ausencia de

negociación individual, como se deduce del art 3 del Directiva citada, según el cual "Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", aclarando el art 1.2 de la Ley nacional que "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

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

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

A la vista de las consideraciones fácticas y legales anteriores debemos analizar las alegaciones invocadas para negar la condición de cláusula general de la contratación.

En primer lugar, respecto de la predisposición, nada se dice ni se prueba de que no se trate de una cláusula ya preparada previamente por el BANCO, y no resulta creíble -atendida la realidad social de esta contratación tan elaborada- mantener que su redacción la realizó el consumidor.

En segundo lugar, no desaparece la nota de generalidad por el dato de que haya contratos de préstamos con garantía hipotecaria del BANCO con unos tipos mínimos y máximos diferentes, pues esa característica no significa que deba aparecer idéntica en todos los contratos (universalidad), sino que se incorpore a una pluralidad indeterminada de contratos; y que ello es así en la práctica bancaria es notorio.

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

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

2. El que se trate de una cláusula definitoria de uno de los elementos esenciales del contrato (cual es el importe del interés que remunera al prestamista por la transferencia de capital que realiza a favor del prestatario) no significa su exclusión del concepto de condición general de la contratación. Cuestión distinta es el alcance de control

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

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

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

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

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario"(apartado 165)

3. Pues bien, ninguna prueba ha practicado la demandada para probar que la cláusula controvertida no es una condición general. La escritura de subrogación supone un cambio del préstamo promotor, incluso una rebaja del tipo suelo, pero ello no supone la negación de las condiciones que convierten a la cláusula en condición general.

No cumpliendo la demandada la carga de la prueba que le correspondía ha de concluirse que la cláusula controvertida es una condición general de contratación.

TERCERO. CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA OBJETO DE LITIGIO.

La actora afirmaba la nulidad de la cláusula suelo, en primer lugar, por abusividad derivada de ser contraria a la buena fe y causar en

perjuicio de los consumidores un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Como afirma la doctrina científica al comentar el equivalente al actual art 82 y 87 TRLGCU la reciprocidad que contempla la norma y cuya falta determina la calificación de abusiva es una reciprocidad obligacional o causal, no económica, de forma que se ha de examinar si a ambas partes se les atribuye los mismos derechos y obligaciones, no si las prestaciones derivadas del contrato son equivalentes.

Así se deduce del catalogo ejemplificativo de la DA 1ª de la Ley 26/1984 en el apartado III (actual art 87 LGDCU1/2007) que enumera cláusulas "negras" por no atribuir los mismos derechos a las partes, reservándose al predisponente facultades negadas al adherente o resarcimientos de servicios o consumos no realizados, pero no fundan el reproche de abusividad en la no proporción económica de las prestaciones

EITS en su sentencia de Pleno de 13 de mayo de 2013 (aclarada por Auto de 3 de Junio de 2013, denegándose la nulidad de actuaciones de dicha Sentencia por Auto de 6 de noviembre de 2013) ha establecido que "Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato" y si bien "...esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio" (apartados 189 y 195), para concluir afirmando su licitud en los términos siguientes: "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.

259. En definitiva, corresponde a la iniciativa

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

En síntesis, las cláusulas suelen constituir cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, por lo que no cabe el control de su equilibrio, sin que conste la mala fe de la demandada.

CUARTO. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA OBJETO DE LITIGIO.

En segundo lugar, la actora pedía la nulidad de la cláusula por vulneración de las reglas sobre transparencia.

Como se ha dicho el TS señala en su sentencia de 13 de mayo de 2013 que las cláusulas suelen ser en principio lícitas, siempre y cuando 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 que conllevaría. Así, corresponde a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta. De manera que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado, pues un diferencial variable a un tipo superior podría aprovecharse mejor de las bajadas de los tipos de interés que otro inferior al que se adicione, sin embargo, una cláusula suele. De ahí el hincapié en la exigencia de transparencia por parte del Tribunal Supremo.

Establece el TS en la sentencia citada (apartado 215) que ".. el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato."

Las premisas del primer control de transparencia -inclusión- se satisfacen, como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada, en el caso de las cláusulas suelen, siempre que se dé cumplimiento en los procesos de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores las previsiones de la normativa sectorial (OM de 5 de mayo de 1994), ya que ésta garantiza razonablemente tales premisas. Pero con eso sólo se supera el filtro de inclusión. Ello

no es suficiente, pues además ha de superar el filtro de claridad exigible en los contratos con consumidores.

Para efectuar el segundo control de transparencia, el Tribunal Supremo nos señala diversos criterios que serían reveladores de falta de transparencia de las cláusulas suelo/techo. En concreto:

a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia (el tipo nominalmente variable al alza y a la baja sería, en realidad, exclusivamente variable al alza);

b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia;

c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato;

d) su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;

e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y

f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Las citadas referencias no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo (o suelo/techo), como precisó el Tribunal Supremo en su auto de fecha 3 de Junio de 2013, aclaratorio de la precedente sentencia de 9 de mayo de 2013. Puede ser una combinación de ellos o de otros datos los que permitan extraer tal conclusión.

Pues bien, afirmando la actora que con la mecánica de esas cláusulas se estaba encubriendo que el préstamo concedido a interés variable, que era lo pretendido por el consumidor, devenía en la práctica, de manera encubierta, en un préstamo a interés fijo, ha de acometerse un examen de transparencia sobre las cláusulas bancarias objeto de litigio según las enseñanzas del Tribunal Supremo.

Ha de afirmarse que la redacción de la condición general es ciertamente clara. Ahora bien, para atender a la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato conviene tener en cuenta la cláusula de intereses en su integridad.

Literalmente la cláusula dice:

"SEXTA.- BANCA CÍVICA SA, representada como se ha dicho y D. Esteban , novan y modifican la hipoteca subrogada por éste último en los siguientes términos:

Se modifica el tipo de interés anula inicial, que queda establecido en el 3.95% durante los doce primeros meses y el resto variable revisable semestralmente, en la forma pactada en la escritura de préstamo, aplicando un diferencial de 0.90 puntos al tipo de interés de referencia pactado en la escritura de préstamo. También se modifica el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar a este préstamo que quedan establecidos en el 3.95% y el 14% respectivamente. Esta subrogación devengará una comisión del 0.50% sobre el capital subrogado."

En el análisis de la cláusula ha de decirse lo siguiente:

se sitúa al final de una larga escritura en una cláusula final, al que un consumidor llega agotado tras su lectura. La cláusula no es oscura, pero tampoco es clara, pues siendo la idea la contratación de un préstamo a interés variable, no era completamente comprensible qué venía a significar y cómo iba a funcionar un interés mínimo y uno máximo. Si la cláusula hubiera sido más extensa e explícita, seguramente hubiera sido más comprensible para el consumidor.

resulta relevante la fijación de un suelo de significativa cuantía (3.950%), lo que puede además convertir en meramente teórica la posibilidad de variaciones a la baja del tipo de interés.

se encuentra además ubicada en el condicionado general tras una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor.

la cláusula recibe asimismo un tratamiento impropriamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

En definitiva, la cláusula se inserta de una forma que dificultan la apreciación de su alcance real como un elemento esencial del contrato, y no meramente accesorio o accidental, faltando así la información que le permita tener al consumidor "un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", pues como dice el TS "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificulta su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro", agravado ello en el caso presente porque no hay constancia

de previa información precontractual, que era preceptiva según la OM de 5 de mayo de 1994, pues el préstamo era inferior a 25 millones de ptas.

Por otra parte, no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones de subidas y bajadas del tipo (teóricas), que hubiera permitido ilustrarse al consumidor en ese momento de contratar del juego de la cláusula suelo, de manera que en fase precontractual comprendiera que estaba en realidad contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo (del 3.950%) y que este era el "suelo" durante 30 años que iba a impedir mayores bajadas aunque se redujera el tipo de referencia, sin que finalmente tampoco quede adverbado que se realizara una advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad

En definitiva, la cláusula no supera el control de transparencia y ello conlleva su nulidad. De acuerdo con el art. 22 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación, libérese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación a los efectos de que se proceda a la inscripción de la presente sentencia.

QUINTO. DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES.

Como se ha razonado anteriormente, lo que aquí se declara nulo es la cláusula examinada sólo en cuanto al tipo suelo o mínimo, y lógicamente el techo, porque el inciso fue no transparente para uno y para otro. En suma, no se anula el contrato en su integridad, que como señala la Sentencia del TS de 09.05.13, " seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos sin la cláusula abusiva" (párr. 276). Y "como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica "quod nullum est nullum effectum producit" (lo que es nulo no produce ningún efecto-. Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil..."declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses..." (párr. 283). La cláusula es nula y no procede su integración, pues ello se opondría al Derecho Comunitario (STJUE de 14 de junio de 2012).

No es ocioso recordar que la regla contenida en dicho art. 1.303 CC es clara y, como se aprecia en su redacción, sólo admite las excepciones que señalan los artículos que le suceden.

Su aplicación ha sido indiscutida (STS 8/1/07y 22/11/06, entre otras) en los supuestos de declaración de nulidad hasta la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Esta sentencia hace una declaración de nulidad, pero declara que no ha lugar a la retroactividad de la misma, de manera que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. No hace declaraciones la Sentencia respecto de las nulidades que ulteriormente pudieran decretarse en otros procedimientos judiciales. Además, conviene recordar que la propia sentencia niega la eficacia ultrapartes de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad (párr. 298 a 300).

Ciertamente, matiza que las cláusulas suelo son lícitas, que responden a razones objetivas, que no son inusuales o extravagantes, que su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, que su nulidad no deriva de su ilicitud intrínseca ni por su oscuridad interna, sino por su falta de transparencia. Eso es cierto, pero también lo es que finalmente se decreta su nulidad, y la nulidad debe llevar consigo los efectos del art. 1303 CC.

Debe recordarse que el TS dictó su sentencia respondiendo a una acción colectiva frente a 3 entidades de gran importancia en el sector bancario español y que, por tanto, el número de contratos afectados era enorme. Podía por tanto imaginarse un importante impacto al orden público económico, criterio casi principal en que funda el TS la no retroactividad y que toma -trastornos graves junto a la buena fe- del TJUE (S. de 21/3/13, RWE Vertrieb).

Pues bien, las cantidades que habría que devolver en la presente litis, desde luego, no van a tener trascendencia en el orden público económico. Nada se ha alegado ni probado al respecto, por ello, ante unas circunstancias diferentes a aquellas en las que el TS dictó sentencia, en aras al principio de seguridad jurídica, parece que ha de estarse a lo dispuesto en el art. 1303 CCy ordenar la restitución de las cantidades que la demandada percibió por la aplicación de la cláusula declarada nula.

Es más, no acordar la devolución de cantidades, además de quebrantar el art. 1303 CC, supondría beneficiar a quien introdujo la cláusula declarada nula. Las entidades financieras con la publicación de la sentencia del TS de 9/5/13 han conocido los parámetros que el Alto Tribunal ha señalado para la validez de las cláusulas suelo, ciertamente tan rigurosos que aquellas debieron entender la suerte que correrían la mayoría de las cláusulas insertas en sus contratos, y pese a ello, no las anularon por impulso propio. De esta manera han obligado a los consumidores a asumir unos gastos para litigar. Y es más, si no se respeta el art. 1303 CC el banco seguirá obteniendo indebidamente un interés en base a una cláusula nula, y cuanto más tiempo corra (por ejemplo con todo tipo de peticiones o incidentes procesales) mejor para la entidad financiera. Es decir, la devolución ab initio se impone también por elementales razones de justicia. Además, debe presumirse que la entidad bancaria, incluso sin la cláusula suelo, siempre va a ganar o no va a perder, pues por encima del euríbor cobrará el diferencial, que es la ganancia del banco cuando ambas variables están por encima de la cláusula suelo.

En consecuencia, la restitución de las prestaciones que impone el art. 1303 CC supondrá, además de la inaplicación en adelante de la cláusula, que la demandada debe recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución sin tener en cuenta la cláusula anulada, debiendo devolver al actor, en su caso, las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula con el interés legal correspondiente. En buena lógica, al anularse el inciso relativo a la cláusula suelo también decae lo relativo al techo, de forma que éste tampoco tendrá validez y el actor deberá devolver las cantidades cuyo pago, en su caso, hubiera procedido.

SIXTO. COSTAS.

Como se ha apreciado se ejercitaba una acción

principal y otra secundaria. La primera, relativa a nulidad, ha sido estimada. La segunda, que tradicionalmente ha sido más bien un efecto automático de la declaración de nulidad, también ha sido estimada.

A juicio de este juzgador con la sentencia del TS de 9/5/013 pocas dudas ofrecía el tema en cuanto a la pretensión principal de declaración de nulidad. Así, si el demandado no se hubiera opuesto a la declaración de nulidad, seguramente por las vacilaciones que se observan en torno a la devolución de cantidades, no merecería condena en costas.

Ahora bien, habiéndose opuesto a todo, entiende este juzgador que deben imponerse las costas al demandado.

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

FALLO

Estimo íntegramente la demanda interpuesta por Esteban contra CAIXABANK SA, con los siguientes pronunciamientos:

1º) declaro la nulidad del extremo siguiente de la estipulación SEXTA en el extremo siguiente:

También se modifica el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar a este préstamo que quedan establecidos en el 3.95% y el 14% respectivamente.

La declaración de nulidad llevará consigo los efectos restitutorios señalado en el último párrafo del fundamento de derecho 5º de esta resolución.

2º) condeno a CAIXABANK SA al pago de las costas de esta instancia.

3º) Líbrese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación a los efectos de que se proceda a la inscripción de la presente sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles constar que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Sección Octava de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla, a interponer ante este Juzgado en el plazo de 20 días desde su notificación.

Para la apelación será necesario previo depósito de la suma de 50 Euros que deberá ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado abierta en el Grupo Banesto consignando como código 02 y como concepto "pago recurso de apelación", sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451y452 de la LECyDisposición adicional Decimoquinta de la LOPJañadida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre)

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos

de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia, en el día de su fecha, por el Juez que la dictó, estando celebrando Audiencia pública; doy fe.