

**JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 2
ZAMORA**

SENTENCIA: 00070/2014

C./ EL RIEGO N.5 2°
Teléfono: 980559490
Fax: 980534550

N04390

N.I.G.: 49275 41 1 2013 0003311

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000314
/2013**

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña.

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES SALAMANCA Y SORIA S.A.

Procurador/a Sr/a. ELISA ARIAS RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a.

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N.º 2 DE ZAMORA, CON COMPETENCIA
EXCLUSIVA EN MATERIA MERCANTIL
JUICIO ORDINARIO 343/13**

-M E R C A N T I L-

S E N T E N C I A N.º 70/14

JUEZ QUE LA DICTA: D. MANUEL GARCÍA SANZ

Lugar: Zamora

Fecha: tres de junio de 2014.

PARTE DEMANDANTE: D. Y D.ª

Abogado: D. Juan Pablo Busto Landín

Procuradora: D.ª María Belén Álvarez Antón

PARTE DEMANDADA: BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES,
SALAMANCA Y SORIA S.A.U

Abogado: D. Ignacio Riquelme Recio

Procuradora: D.ª Elisa Arias Rodríguez

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD DE CLÁUSULA CONTRACTUAL

Vistos los presentes autos de Juicio ordinario 343/13 seguidos entre las parte anteriormente enunciadas, se ha dictado resolución sobre los siguientes

I.- A N T E C E D E N T E S D E H E C H O

**Mª BELEN ALVAREZ ANTON
- PROCURADORA-
MOVIL 627780778**

**NOTIFICACION
12-6-14**

PRIMERO.- Por la procuradora D.^a María Belén Álvarez Antón, en nombre y representación de D. Y D.^a, se presentó en fecha 22 de julio de 2013 escrito promoviendo demanda de Juicio Ordinario en virtud de los hechos que en ella se exponen. Asimismo dicha parte invocó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando que, previo el trámite legal correspondiente, en su día se dicte sentencia por la que estimando la demanda:

1.- Se declare la nulidad, por abusiva, de la estipulación que establece en el contrato del que deriva la demanda el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3,50 % y cuyo contenido literal es el siguiente:

*"TIPO DE INTERÉS VARIABLE
(...)*

En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,5 % ni inferior al 3,50 %".

2.- En consecuencia condene a la parte demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato suscrito entre las partes.

3.- Se condene a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 4.871,07 €, que han sido abonados de mas como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4.- Subsidiariamente, condene a la demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad que la demandada pueda entender correcta y su S.S^a entienda ajustada a derecho.

5.- Subsidiariamente, para el caso de que S.S.^a entienda que la devolución de las cantidades no tiene efectos retroactivos, bajo la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, se condene en todo caso a la demandada a la devolución de las cantidades abonadas de más desde dicha fecha y durante todo el procedimiento, y que a fecha de la interposición de la demanda se fija en 448,78 €.

6.- Condene igualmente a la demandada a la devolución de todas las cantidades que los demandantes vayan satisfaciendo de mas por la aplicación de la referida cláusula suelo durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados y hasta la resolución definitiva del pleito

7.- Se condene a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U al pago de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 17 de septiembre de 2013, y emplazada en legal forma BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U (en adelante BANCO CEISS), éste compareció para contestar la misma por escrito presentado el seis de noviembre de 2014 por la procuradora D.^a Elisa Arias Rodríguez, solicitándose su desestimación con imposición de costas a la parte demandante. Por Diligencia de Ordenación de once de noviembre de 2014 se citó a las partes para la celebración de la audiencia previa el 17 de diciembre de 2013.

TERCERO.- Celebrada el día señalado la audiencia que previenen los art. 414 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin obtener un acuerdo las partes litigantes, que comparecieron al cato, se recibieron los autos a prueba, proponiéndose por las partes y admitiéndose por el Juzgador la que se estimó pertinente, señalándose el 27 de febrero de 2014 para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- El día señalado se llevó a cabo la celebración del juicio para práctica de la prueba, compareciendo las partes. Practicada la prueba propuesta, las partes llevaron a cabo las conclusiones que estimaron pertinentes sobre el resultado de la misma quedando para dictar sentencia.

Resultan de aplicación al caso los siguientes

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituyen hechos no controvertidos en el pleito que D. Y D.^a, suscribieron con BANCO CEISS un contrato de subrogación en préstamo hipotecario el 14 de febrero de 2007, otorgado ante el notario de Benavente Sr. Ramos Torres con el número 401 de su Protocolo, por importe de 103.200 € a devolver en 300 cuotas mensuales, pactándose en la cláusula financiera 4^a un interés del 2,26% el primer año y un interés variable en función del Euribor incrementado el 0,40 puntos porcentuales en los años sucesivos, e incluyéndose

la conocida como cláusula suelo/techo, del 3,50% y 12%, respectivamente.

Pretende la parte demandante que se declare la nulidad absoluta de dicha cláusula suelo/techo por ser contraria al ordenamiento jurídico y abusiva conforme a los artículos 8 a 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y el artículo 83 de la Ley de Consumidores y Usuarios (RDL 1/07, de 16 de noviembre) señalándose que la mencionada cláusula suelo constituye una condición general de contratación que se introdujo en el contrato de forma unilateral por la demandada, enmascarándola entre otras cláusulas, sin negociación y sin información previa, y con incumplimiento de los deberes que sobre información del prestatario se imponen en la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y suponiendo tal cláusulas una evidente desproporción entre las partes pues, estando obligada la parte demandante a abonar un 3,5% de interés mínimo, cuando el máximo pactado del 12,5% no puede llegarse a aplicar en la práctica, a la vista de la evolución histórica del Euribor,, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 para denunciar la falta de transparencia de la citada cláusula suelo, añadiendo que la cláusula cuya nulidad se insta supone una evidente desproporción entre las partes en perjuicio del consumidor demandante, por todo lo cual se solicita que se declare la nulidad de la misma y,1 con carácter principal, la condena al banco demandado a restituir las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación..

Por su parte CEISS se opuso a la demanda alegando que el préstamo hipotecario se tramitó a petición de los actores y se negoció con ellos las condiciones financieras del mismo, que fueron aceptadas por los demandante, a los que se entregó copia de la solicitud de operación de activo firmada por los demandantes el 19 de enero de 2007 en la que consta el tipo mínimo y el máximo aplicables, tratándose además de una subrogación en una hipoteca anterior concedida a la empresa constructora de la vivienda en la que ya consta una cláusula suelo y techo, con distintos porcentajes, que posteriormente se varió como consecuencia de las negociaciones netre las partes, por lo que se solicita la desestimación de la demanda, invocando la aplicación del principio pacta sunt servanda, plasmado en el art. 1258 del Código Civil, y con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que confirma la validez de las cláusulas suelo siempre que concurren las condiciones de información, negociación y transparencia, tal y como ha ocurrido en el caso.

SEGUNDO.- En la demanda presentada se parte de la consideración de las cláusula cuya nulidad se insta como condición general de contratación, lo que realmente no ha sido negado en la contestación a la demanda, afirmándose por contra en la contestación que la cláusula controvertida fue negociada individualmente con la parte demandante. En este punto resulta de aplicación lo establecido en el art. 10 bis de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios establece que *"El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"*, correspondiendo en definitiva a la parte demandada la prueba de la alegada negociación individual. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala en su apartado 162 que *"en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario"*, añadiendo en su apartado 164 que *"Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva"*. Pues bien, la documental aportada con la contestación y la prueba practicada en juicio no ofrece, en relación con la cláusula suelo, el menor atisbo de la negociación a la que alude el banco demandado, pues solo se acredita la firma de una solicitud de operación de activo en el que consta las expresiones *"INT. MÁXIMO 12,50000"* e *"INT. MÍNIMO 3,5000"*, lo , lo que en modo alguno presupone que se haya negociado el contenido de todo el clausulado financiero. Tampoco de la declaración de la empleada del banco que intervino en la negociación se deduce lo contrario, pues afirmó en juicio que se informó detalladamente a los demandantes del significado y alcance de la cláusula, pero no que la misma fuera fruto de un proceso de negociación entre las partes, no debiendo olvidarse además que a la hora de valorar la declaración testifical del empleado de la entidad financiera, en los procesos que versan sobre la tramitación y contenido de la negociación en los contratos suscritos con los clientes, como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 21 de enero de 2014 tal testifical debe valorarse con suma prudencia por el interés del testigo que puede afectar a su imparcialidad, pues *" 1) En primer lugar porque es empleado de la propia entidad bancaria y cualquier testimonio en contrario a los intereses de éste podría tener consecuencias en su situación estatutaria y laboral dentro de la entidad y 2) porque en todo caso se estaría asumiendo un cumplimiento de sus obligaciones que podría estar vulnerando la normativa"*.

Además de lo anterior debe señalarse que basta consultar otras resoluciones judiciales sobre nulidad de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario suscritos con la demandada para poder apreciar que la cláusula objeto de este procedimiento es de uso generalizado, pues aparece en otros contratos con una redacción literalmente idéntica, como ocurre con en el caso resuelto pro sentencia de once de abril de 2014 dictada por este juzgado en Juicio Ordinario 461/13.

Por lo expuesto, debe partirse de que nos hallamos ante una cláusula prerredactada por el banco y no negociada, conclusión a la que nada obsta la intervención de notario y las referencias en la escritura a que la parte demandante entienden y aceptan el contenido del contrato, pues como ya se señalaba en la sentencia antes citada, de un lado, no se alude en dicha escritura a que las "cláusulas suelo y techo" hayan sido individualmente negociadas y, de otro lado, como exponen las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril y de diez de julio de de 2012 la prueba de la negociación individual *"no es óbice ni queda suplido por la intervención del Notario en el otorgamiento de la escritura pública del préstamo hipotecario, pues la realidad demuestra que los borradores de referidas escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo"*, y aunque se haya procedido a la lectura de las escrituras públicas por la Notario autorizarte, tampoco debe olvidarse que cuentan con numerosos folios, lo que hace muy difícil en la practica localizar por parte del consumidor el contenido que va a ser relevante en la vida del préstamo.

De hecho en el caso se da la circunstancia de que en la escritura pública del préstamo hipotecario no consta siquiera que se advirtiera por el notario la existencia de límites a la variación de tipos de interés, lo que resultaba de obligado cumplimiento conforme al art. 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

TERCERO.- Sentado lo anterior, debe señalarse que en la materia que reviste una importancia fundamental la sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/2.013, de fecha 9 de mayo , y el Auto de Aclaración de la misma de fecha 3 de junio de 2.013, que se citan en la demanda y en la contestación, resoluciones en las que el Tribunal Supremo ha venido a realizar un pormenorizado análisis de la cuestión que se suscita en el caso, fijando una doctrina Jurisprudencial a la que en todo caso deberá ajustarse la resolución de este pleito.

Así, en la citada sentencia el Tribunal Supremo ha venido a aclarar, frente a las distintas posiciones existentes hasta entonces, que no es posible un control de contenido o examen de exhaustividad de lo que constituye el objeto principal del contrato, como ocurre con las denominadas cláusulas suelo que influyen a la determinación del "precio" del contrato para el prestatario, para a continuación afirmar que por el contrario si es posible el control de inclusión y de transparencia, por aplicación teleológica del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, lo que implica que la cláusula suelo debe tener una redacción clara y comprensible y, por otro lado, que debe garantizarse que el consumidor conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir, de manera que tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y 80.1 del Texto Refundido de la Ley de General de Consumidores y Usuarios). A este control de transparencia hizo ya referencia el Tribunal Supremo en dos sentencias anteriores, la n.º 406/12, de 18 de junio, y la n.º 221/13, del de abril, si bien en la sentencia n.º 241/13 aplicó por primera vez dicha doctrina en relación con las cláusulas suelo.

La sentencia que se comenta señala que la consideración de la cláusula suelo como una cláusula predispuesta no determina su ilicitud, y que al definir el objeto principal del contrato están exentas de control sobre su posible carácter abusivo, pero sí puede estar sometida a un doble control de transparencia: el primero, denominado control de inclusión, que solo podrán superar aquellas cláusulas que permiten la posibilidad de su conocimiento por el adherente, de forma que no pueden ser ambiguas, ilegibles, oscuras o incomprensibles; el segundo, referido al control de transparencia cuando las cláusulas está incorporadas a contratos con consumidores, que como ya señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, que supone que el adherente ha de tener la posibilidad de conocer la carga económica y jurídica que realmente supone para él el contrato. Ello implica que la información suministrada al consumidor le permita percibir que se trata de una cláusula que delimita el objeto principal del contrato, que puede incidir en su obligación de pago y que pueda tener conocimiento de cómo va a influir la cláusula en el contenido económico del contrato.

En el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo se llegó a la conclusión de que las cláusulas allí examinadas convertían los préstamos de interés variable en préstamos a interés mínimo fijo, y que la oferta como préstamos a interés variable se revelaba engañosa, al darse en los contratos un tratamiento secundario a las cláusulas de limitación a la variación de los tipos de interés, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del

contrato. Se consideró, en definitiva, que las cláusulas analizadas no eran transparentes por las siguientes razones:

1º) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;

2º) Se insertaron de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas;

3º) No existían simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento de los tipos de interés en el momento de contratar;

4º) No existía información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, en caso de existir;

5º) Ubicación de las cláusulas entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Posteriormente el Tribunal Supremo aclaró la citada sentencia en el sentido de que las razones aludidas no constituyen un elenco de circunstancias tasadas a tener en cuenta en el control de transparencia de las cláusulas predispuestas, el cual se configura como un parámetro objetivo o abstracto de validez de tales cláusulas, distinto del régimen general de error o vicio en el consentimiento del Código Civil.

CUARTO.- En definitiva, las cláusulas suelo, como tales, son perfectamente lícitas, como señala la sentencia del Tribunal Supremo comentada, y con aún mayor claridad expositiva, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Jaén de diecisiete de diciembre de 2013 cuando señala que *"lo mismo que se pacta un interés fijo elevado puede pactarse un interés variable y un fijo a la vez; es decir, el interés fijo es lícito, sea cual sea su cuantía (fuera de los supuestos de usura), por la misma razón debe de serlo un pacto que fije un interés variable hasta determinado porcentaje y un fijo a partir de ese porcentaje. Si no se cuestiona la validez de una cláusula del 3% como interés fijo ¿Por qué iba a cuestionarse en caso de que se establezca como variable hasta ese punto?"*. En definitiva, las cláusulas suelo no son contrarias al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que en cada caso en concreto puedan ser nulas por los motivos que la ley regula.

En segundo lugar, nos hallamos ante condiciones generales de contratación, y control legal de las cláusulas predispuestas (sean o no condiciones generales) está formado por un doble control: el de inclusión o control formal, que debe garantizar que éstas lleguen a conocimiento del consumidor (control de incorporación y de transparencia); y el de contenido o control

material, que debe garantizar la exclusión de las cláusulas que sean abusivas para el adherente.

Por lo tanto, en primer lugar, debe entrarse es en el control de inclusión, debiendo valorarse el cumplimiento por el banco de las obligaciones de información que impone la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Vigente hasta el 29 de Abril de 2012). La sentencia del Tribunal Supremo de nueve de mayo de 2013 señala en su apartado 198 que *"la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja"*, añadiendo en su apartado 202 que *"la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor"*. Y en el caso enjuiciado, el Banco CEISS no demuestra el cumplimiento de la normativa sectorial de transparencia en cuanto a la entrega del folleto informativo al que alude el artículo 3 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, el cual conforme a su artículo 3 debe tener el contenido mínimo establecido en el anexo I de la propia Orden Ministerial. Basta la simple lectura de dicho Anexo para concluir que la solicitud de operación de activo aportado por la parte demandada no cumple ni de lejos con el contenido de la información exigida.

Tampoco consta que hiciera entrega al demandante de la oferta vinculante (artículo 5 de la Orden Ministerial), de obligado cumplimiento. . El contenido de la misma y los claros términos con los que está redactada la cláusula impugnada (*"En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,50% ni inferior al 3,50 %"*) permiten considerar superado tal control de inclusión.

QUINTO.- Por lo expuesto, y pese a que el contenido de la cláusula y los claros términos en los que está redactada permiten considerar superado el control de inclusión, las

circunstancias concurrentes conforme a loque resulta de la prueba practicada determina la cláusula suelo/techo no supera el control de transparencia al que se refiere la sentencia del sentencia de 9 de mayo de 2013 , que dice en su apartado 211 que es necesario constatar a través del mismo 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"*

En el caso la cláusula suelo está redactada, como se dijo, de una forma clara, limitándose a señalar que el tipo de interés en cualquier caso no podrá ser inferior al 3,50% ni superior al 12,50%. Tal redacción no compleja constituye un indicio que permite apreciar que el consumidor puede tener una comprensión de lo que está contratando, pero insuficiente en sí mismo si no va acompañado de otros datos o indicios como los señalados por el Tribunal Supremo o cualesquiera otros que aporte la parte. Lo importante es determinar, en definitiva, si la parte demandante pudo tener conocimiento de la trascendencia de la cláusula suelo y su incidencia en la ejecución del contrato, para lo cual el banco hubo de aportar una información complementaria adecuada, lo que no hizo. En el caso se da la circunstancia a la que alude la propia sentencia del Tribunal Supremo cuando afirma (apartado 224) que *"Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza"*. Y es que la cláusula tiene una importancia decisiva en la vida del préstamo, atendiendo en concreto al tipo mínimo incluido del 3,50%, lo que permite afirmar que en la práctica nos hallamos ante préstamos de interés fijo, pese a lo cual se le da en la redacción del contrato un tratamiento secundario, lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

De hecho la cláusula suelo está incluida en la Cláusula Financiera Cuarta, que lleva por rúbrica, en negrita y subrayado, Tipo de Interés Variable, con lo que es lógico que el consumidor suponga que esto es lo que se estaba contratando, resaltándose en negrita diversos pasajes de la cláusula, pero no la cláusula suelo, que se incluye además al final de los más de tres folios que ocupan la redacción de la mencionada Cláusula Financiera Cuarta.

Tampoco hay prueba alguna de que se realizaran simulaciones de escenarios de subidas y de bajadas del tipo, ficticias, probables o improbables, para que la parte demandante pudiera entender, sin lugar a la duda, la operatividad de la cláusula suelo y de la incidencia que podría tener a lo largo de la vida del préstamo. No hay, en definitiva, en el préstamo hipotecario ninguna circunstancia que permita considerar que la parte demandante fue informado del sentido y relevancia de la cláusula. En este punto conviene advertir que la declaración la empleada que intervino en la contratación, y que manifestó en juicio que refirió con todo detalle el sentido de la cláusula, incluso con simulaciones de escenarios diversos, pues no deja de ser un testigo ligado con una de las partes por relación laboral, como más arriba se dijo. Y a lo anterior no obsta el hecho de que nos hallemos ante una subrogación en el préstamo hipotecario y que en el anterior existiese ya otra cláusula suelo/techo, pues ello no implica que la parte demandante tuviera acceso a la anterior escritura, ni que hubiere sido informada por la promotora de la existencia de límites a la variabilidad de los tipos de interés.

Por todo lo expuesto debe considerarse que el préstamo hipotecario controvertido no supera, en cuanto a la inclusión de las cláusulas suelo, el filtro de transparencia al que se aludía, lo cual determina la abusividad de la cláusula suelo y la consecuente nulidad, de conformidad con lo establecido en el art. 8.2 de la LCGC, en cuya virtud *"En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*. En el caso no consta que la operatividad de la cláusula fuera realmente comprendida por la parte demandante, lo que le ocasiona un evidente perjuicio derivado de la mayor carga económica que para él supone el contrato, siendo además evidente la falta de proporción de las cláusulas suelo en perjuicio del consumidor, teniendo en cuenta la desproporción entre el suelo y el techo, fijándose éste último en un porcentaje (12,5%) que es inimaginable que pudiera aplicarse en la práctica, como ya se puso de manifiesto por este juzgado en sentencia de 19 de septiembre de 2012, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 22 de enero de 2013.

SEXTO.- Resta por determinar determinar, por último, las consecuencias de la nulidad que se declara, ya que en la demanda, con base en el art. 1303 del Código Civil, se solicita la condena del banco demandado a devolver todo lo indebidamente percibido como consecuencia de la aplicación de

las cláusulas suelo, cuestión esta sobre la que el banco demandado no ha formulado realmente oposición..

El artículo 1303 del Código Civil es claro al disponer que declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos o intereses, siendo dicho artículo de aplicación al caso. Sin embargo, unas de las cuestiones más debatidas tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es la relativa a los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, pues dicha sentencia acordó su carácter irretroactivo, de tal manera que el banco demandado no vendría obligado a restituir las cantidades que los demandantes hubieren podido haber satisfecho de más como consecuencia de la aplicación de las cláusulas suelo cuya nulidad se declara.

El texto del artículo 1303 del Código Civil no ofrece dudas, y es de continua aplicación por los órganos judiciales de la jurisdicción civil. Sin embargo, la citada sentencia del Tribunal Supremo estableció el carácter no retroactivo de los efectos de la declaración de nulidad en atención a que se trataba de condiciones lícitas y no inusuales o extravagantes cuya inclusión responde a razones objetivas, que han sido toleradas por largo tiempo y que la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información: la finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de esos activos o que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

Tal resolución de nuestro Alto Tribunal ha llevado a los restantes órganos de la jurisdicción civil ha plantearse si la no producción de efectos retroactivos de la declaración de nulidad de cláusulas suelo debe aplicarse en todos los supuestos, lo que ha dado lugar a posturas discrepantes.

Realmente tal efecto ha sido recogido por el Tribunal Supremo por consideraciones de seguridad jurídica y a título excepcional, que no tiene que aplicarse necesariamente en todo caso, pues puede ocurrir, como de hecho sucede en el caso, que no exista "riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico" precisamente por tratarse de una reclamación individual (en este sentido, SAP Barcelona 15ª 453/2013), con lo que no estaría justificado apartarse de lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, debiendo recordarse que, como dice la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Jaén n.º 162/2013, *"el juez al resolver los conflictos debe de atenerse al sistema de fuentes del derecho siendo la primera de ellas la Ley, mientras que la jurisprudencia no es fuente del derecho sino que complementa el ordenamiento jurídico"* (SJM Jaén 162/2013).

Además, en el supuesto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo se ejercitó una acción colectiva a la que no se añadió la pretensión restitutoria sino sólo la declarativa de nulidad y la cesatoria (como recuerdan las SSAP Álava 1ª 291/2013, y Alicante 8ª 335/2013,).

En definitiva, el artículo 1.303 del Código Civil resulta de aplicación a todo caso en que se declara la nulidad, sin que una sentencia judicial pueda abrogar o derogar la Ley, sin perjuicio de la excepcionalidad manifestada por el Tribunal Supremo en relación con la acción colectiva de que conoció, por lo que fuera de estos supuestos excepcionales, que en el caso no concurren, la devolución de lo cobrado indebidamente en virtud de una cláusula nula es un efecto legal imperativo, no debiendo olvidarse que la propia sentencia del Tribunal Supremo en sus apartados 298 a 300 niega la eficacia *ultrapartes* de la irretroactividad que decreta de los efectos de la declaración de nulidad. Procede por todo ello la estimación de la demanda también en este punto.

SÉPTIMO.- En la demanda se solicita con carácter principal que se condene parte demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 4.871,07 €, que se dicen abonados de mas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo, conforme resulta del cuadro de amortización aportado como documento n.º 3 de la demanda, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción. Nada se opone en la contestación a este cálculo, habiendo teniendo en su mano la parte demandante aportar documentación acreditativa de lo erróneo del mismo, por lo que deberá estarse al cuadro de amortización aportado por la parte demandante.

Tal cantidad se refiere a las cantidades satisfechas por aplicación de la cláusula cuya nulidad se declara hasta la interposición de la demanda, debiendo sumarse a la misma las cantidades abonadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde la interposición de la demanda.

OCTAVO.- Conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a la parte demandada, al haberse estimado íntegramente la demanda.

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

III.- F A L L O

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la procuradora D.^a María Belén Álvarez Antón, en nombre y representación D. Y D.^a contra BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U:

1.- Declaro la nulidad de la estipulación que establece en el contrato de subrogación en préstamo hipotecario el 14 de febrero de 2007, otorgado ante el notario de Benavente Sr. Ramos Torres con el número 401 de su Protocolo, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3,50 % y cuyo contenido literal es el siguiente:

"TIPO DE INTERÉS VARIABLE

(...)

En ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12,5 % ni inferior al 3,50 %".

2.- Condeno a la parte demandada a la eliminación de dicha cláusula del contrato suscrito entre las partes.

3.- Condeno a la parte demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 4.871,07 €, abonados como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4.- Condeno igualmente a la demandada a la devolución de todas las cantidades que los demandantes han satisfecho por la aplicación de la referida cláusula suelo durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados y hasta la resolución definitiva del pleito

5.- Condeno a BANCO DE CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA S.A.U al pago de las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación el cual deberá ser formulado en la forma que establece el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el plazo de veinte días en este juzgado para ante la Audiencia Provincial de Zamora.

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



PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia estando el Ilmo. Señor Juez que la dicta celebrando audiencia pública .Doy fe.