



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.3
OVIEDO**

SENTENCIA: 00243/2017

C/ CONCEPCIÓN ARENAL (ANTES C/ COMANDANTE CABALLERO), Nº 3, 5ª PLANTA - OVIEDO

Teléfono: 985968876/77/78, Fax: 985968879

Equipo/usuario: ARE

Modelo: N04390

N.I.G.: 33044 42 1 2017 0004207

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000390 /2017

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE, DEMANDANTE D/ña. SONIA, TERESA

Procurador/a Sr/a. ISABEL QUIROS COLUBI, ISABEL QUIROS COLUBI

Abogado/a Sr/a. ALFREDO GARCIA LOPEZ,

DEMANDADO D/ña. BANCO ESPAÑA DUERO-GRUPO UNICAJA

Procurador/a Sr/a. MARIA ANGELES

Abogado/a Sr/a. RAMON

SENTENCIA

Se dicta en nombre de S.M. El Rey.

En la ciudad de Oviedo (Asturias), a quince de Diciembre del año dos mil diecisiete.

El Ilmo. Sr. DON JOSE MANUEL RAPOSO FERNÁNDEZ, Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de esta capital y su partido



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



judicial, ha visto los presentes autos de juicio ordinario núm. 390/17, sobre “cláusula suelo”, seguidos a instancia de **DOÑA SONIA** y **DOÑA TERESA**, representadas por la procuradora Sra. Quirós y dirigidas por la letrada Sra. Conde de Cossío, que intervino en sustitución de su compañero Sr. García, contra “**BANCO CEISS, S.A.**” (antes “**CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES**”), entidad representada por la procuradora Sra. Álvarez y defendida por la abogada Sra. González, que intervino en sustitución de su compañero Sr. Márquez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- La procuradora Sra. Quirós, actuando en la indicada representación, presentó demanda, sobre nulidad de cláusula hipotecaria abusiva, contra la entidad que figura en el encabezamiento, con base en los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando sentencia en la que se declare la nulidad de la “cláusula suelo”, manteniéndose el resto del contrato, con condena a devolver a las actoras los excesos cobrados desde el principio, con sus intereses, a calcular en ejecución de sentencia, e imposición de costas. Admitida a trámite la demanda, con los documentos acompañados, y una vez hecho el emplazamiento, la interpelada se personó en tiempo y forma, oponiéndose a las pretensiones ejercitadas en su contra y solicitando el archivo de los autos o la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte contraria. Convocada la preceptiva audiencia previa, en ella, tras otros actos procesales, fue recibido el pleito a prueba, proponiéndose la que se consideró conveniente por las partes y admitiéndose la estimada pertinente y útil, consistente únicamente en documentos, con el resultado que los autos acusan. Y habiéndose propuesto y admitido solamente prueba documental, el juicio fue declarado directamente visto para sentencia, sin necesidad de una nueva vista, por lo que nos encontramos en el trance procesal de dictar resolución. En la tramitación de este litigio se han observado todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar





sentencia, que se ha tenido que sobrepasar debido a la acumulación de asuntos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones ejercitadas.- Según la versión de los hechos ofrecida en la demanda, el día 11.12.03 doña Sonia y doña Teresa concertaron con la entidad demandada subrogación y novación de hipoteca variable, contrato en el que se incorporó un “suelo” del 3 %, cláusula introducida en la escritura sin correcta identificación del límite mínimo, que aparece difuminado en el contrato, sin información, sin simulaciones de funcionamiento, sin oferta vinculante, sin entrega previa de documentación, sin negociación, sin explicaciones y sin transparencia, y ello a pesar de tener las actoras la condición de “consumidoras”. Ahora las prestatarias exigen que dicha estipulación sea declarada nula y que se les devuelvan las sumas pagadas en exceso desde el principio, pretensiones que tienen acomodo legal en lo regulado en el Art. 1303 CC, en la Directiva 93/13/CEE, en la Orden de 5 de Mayo de 1994, en el Art. 8 de la Ley 7/98, en los Arts. 82, 83, 87, inciso inicial, y 89.5 del Real Decreto Legislativo 1/07 (antes Ley 26/84), en el Art 79, pfo. 1º, de la Ley 24/88 y en el Art 48.2, apdo. “a”, de la Ley 26/88. En lo que respecta a la cuantía del pleito, quedó fijada como indeterminada, al amparo de lo regulado en los Arts. 219.2 y 251.1º LEC, en el acto de la audiencia previa y a él nos remitimos. En lo que se refiere a la caducidad, y tras la lectura de la demanda, sólo cabe concluir que se ejercita una acción de nulidad radical frente a la “cláusula suelo” por considerarla abusiva (al amparo de la Ley 7/98 y del Real Decreto Legislativo 1/07), acción que no está sometida a plazo de caducidad. No se ejercita la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento. Sólo se alude al error en las páginas 24 y 25 del escrito inicial “para delimitar el vicio de consentimiento del de abusividad”, en mención meramente tangencial. En consecuencia, la excepción se desestima. Y aun cuando se hubiese ejercitado la acción de anulabilidad por error, ex Art. 1301 CC, habría que determinar el momento inicial del cómputo en el





instante de la consumación del contrato, hecho que en los contratos de tracto sucesivo, como es la hipoteca, sólo tiene lugar cuando los contratantes han concluido el cumplimiento de sus obligaciones, momento que aun no ha llegado, de suerte que el plazo de caducidad ni siquiera habría comenzado a correr.

SEGUNDO.- Condición de “consumidoras” en las demandantes.- La Orden de 5 de Mayo de 1994, entonces vigente, contiene una serie de reglas de transparencia para reforzar la protección de los consumidores, personas físicas, cuando el objeto de su consumo es un préstamo hipotecario de una entidad financiera y lo hipotecado es una vivienda. De modo que su ámbito de aplicación se acota en esta clase de “consumidores” especiales, y así se deduce de lo regulado en los Arts. 1, apdos. 1 y 3, y 2.2 de la citada disposición. Aquí la hipoteca se adquiere para financiar la compra de la vivienda de doña Sonia y doña Teresa, de modo que es indudable que las demandantes tienen la condición legal de “consumidoras” y están amparadas por lo regulado en la indicada Orden. Además la cuestión no es controvertida porque el Banco, en la audiencia previa, al fijar los hechos litigiosos, reconoció que, efectivamente, las actoras son “consumidoras”, y, en consecuencia, han de gozar de la especial protección que les dispensa la normativa sectorial en materia de consumo.

TERCERO.- Déficit de transparencia contractual.- No cabe duda de que el contrato fue de adhesión, es decir, las demandantes tuvieron libertad para contratar o no, pero, una vez que decidieron hacerlo, no tuvieron autonomía de la voluntad para negociar, punto por punto, todo su clausulado, y, en especial, la propia existencia de la “cláusula suelo”. Nótese, en este sentido, que la entidad financiera no hizo ni la más mínima concesión a la parte prestataria en materia de gastos e impuestos y que, como es generalmente conocido, en los préstamos en que intervienen entidades financieras el fedatario siempre redacta la escritura de acuerdo con la minuta previamente presentada por los servicios jurídicos del Banco. La minuta o borrador contiene todos los detalles de comisiones, gastos y renuncia de derechos que las prestatarias no llegan a ver, quedando éstas imposibilitadas de





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

influir en la redacción del documento notarial. En nuestra escritura la cláusula litigiosa no se designa con el nombre con el que comúnmente se la conoce, ni merece una estipulación o apartado independiente. No está titulada ni señalada ni con mayúsculas, ni con cursiva, ni con subrayado, ni con sombreado, ni con recuadro, ni de ninguna otra manera que sea acorde con su relevancia. Sólo aparece el tipo del “techo” y el tipo del “suelo” en negrita, como muchas otras menciones de la escritura, pero sin nada que destaque el límite mínimo de modo especial con respecto a esas otras menciones. Es un párrafo más, que ocupa sólo tres líneas escasas, insertado en una extensa estipulación tercera bis sobre “tipo de interés variable”, que ocupa cuatro páginas, en el contexto de un extenso documento de cincuenta y tres páginas, y no apareciendo el “suelo” hasta la página diecisiete. Además, la estipulación está desubicada. En lugar de aparecer al principio, al definir el interés variable, que es su lugar natural, aparece tres páginas más tarde, como si se tratase de algo secundario y sin importancia, lo que distrae la atención de las contratantes. La escritura no contiene simulaciones sobre la repercusión en la cuota hipotecaria de la barrera del 3'00 % en caso de bajada del Euríbor, ni contiene las previsiones de la entidad financiera sobre la curva de futuro del tipo de referencia. Tampoco vemos que anexe, como “documentos unidos”, ni folleto informativo alguno ni oferta vinculante, como ocurre en otros casos, al menos en cuanto a esto último. El instrumento público tampoco menciona que el proyecto de escritura haya estado a disposición de las otorgantes con la antelación exigible ni que haya existido oferta vinculante. De haber existido, no cabe duda de que la entidad demandada tuvo total facilidad probatoria para acreditarlo. Las advertencias incorporadas a la escritura por el notario son genéricas, rutinarias y nada ilustrativas. No se consigna ni una sola explicación especial, clara y detallada, sobre el funcionamiento del “suelo”, y sobre la carga económica y jurídica que comporta. Es de destacar que la entidad interpelada tampoco ha aportado a los autos ningún tipo de folleto informativo o explicativo sobre el modo de operar de la “cláusula suelo” y, de la misma manera, y en la línea de lo ya dicho, ha omitido aportar un recibo firmado por las prestatarias acreditativo de la entrega de la oferta vinculante, con la antelación legal, lo que también cabía esperar dada la importancia de este



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



documento. Vistas las carencias enumeradas, cuando el fedatario asegura, en general, el cumplimiento de las exigencias legales, esto no ha de tomarse como acorde a la realidad, sino como la consecuencia de haber transcrito la minuta de la entidad financiera, sin mayores comprobaciones. Por todo ello, se vulneró la citada Orden de 5 de Mayo de 1994, entonces aplicable a nuestro caso. Todo lo anterior permite concluir que en la materia que nos ocupa no hubo negociación sino imposición, y lo cierto es que el Banco jamás brindó a sus clientes la oportunidad de prescindir de la “cláusula suelo”. Concurrió un grave déficit informativo. Esto significa que las demandantes, al subrogarse en el préstamo, tenían que cargar a la fuerza con el límite a la bajada del interés, fuesen conscientes de ello o no. Debe insistirse en que no hubo una suficiente información precontractual escrita, y, en el acto de otorgamiento de la escritura, no hay prueba que acredite que el notario haya introducido modificación alguna en protección de los intereses de las prestatarias, dotadas de la condición de minoristas y consumidoras. Además, existe absoluta orfandad de prueba sobre las concretas estipulaciones que la interpelada ofreció eliminar, modificar o añadir a cambio de incluir el “suelo”, lo que hubiera sido señal inequívoca de negociación. No existiendo esta específica oferta, circunstancia a agregar a las demás examinadas, está claro, como decimos, que la cláusula discutida fue impuesta. Añadiremos que no hubo explicaciones verbales por parte de los empleados que intervinieron en los tratos precontractuales para la subrogación y novación del préstamo hipotecario. El Banco ni siquiera propuso la prueba testifical de dichos empleados para acreditar que las carencias de la documentación escrita fueron suplidas con explicaciones verbales completas y eficientes. Y no debe olvidarse que recae sobre la entidad financiera la carga de probar que informó a sus contrarias adecuadamente y que el deber de informar correctamente no sólo rige cuando se constituye una hipoteca *ex novo*, sino también cuando la carga hipotecaria se adquiere por subrogación, con o sin novación modificativa, como ocurre en nuestro caso, habiéndose pronunciado en este sentido la STS de 24 de Noviembre de 2017.





CUARTO.- Abusividad.- La estipulación enjuiciada no tiene reciprocidad, porque hay un “techo” del 12’00 % que está completamente fuera de la realidad. El Euribor jamás estuvo a ese nivel ni lo estará nunca y el establecimiento de tal límite al alza no tuvo otra finalidad que crear una apariencia falsa de contraprestación. La restricción a la variabilidad del interés está diseñada para beneficiar únicamente a la entidad financiera y nunca a las clientes, lo que hace que la cláusula desequilibre gravemente el contrato. No hay equidad alguna en la distribución o reparto de los riesgos. Así las cosas, en 2008, el Euribor, que es el tipo de referencia, empezó a acumular un descenso continuado en el tiempo y las demandantes no pudieron beneficiarse adecuadamente de esta circunstancia al haber operado el límite a la baja establecido en el contrato. Además, la estipulación discutida se incluyó sin ninguna transparencia. La “cláusula suelo” solo puede ser aceptada por las clientes, como es lógico, si disponen de una información clara y precisa sobre las posibilidades de que en el futuro llegue a aplicarse, lo que obligaba a la “Caja” a trasladarles toda la información que tuviese en su poder (y la tenía porque toda entidad financiera por motivos profesionales cuenta con un departamento de estudios económicos y financieros) sobre la evolución pasada del Euribor, sobre la coyuntura económica del momento y sobre las perspectivas futuras de descenso, estabilización o crecimiento de dicho tipo. Nada de esta información crucial se trasladó a la escritura y nada se explicó porque nada consta al respecto. Resulta claro que las reclamantes contrataron sin ser conscientes, realmente, del “suelo” que se les podía aplicar en el futuro. Firmaron creyendo que adquirirían un préstamo a interés variable, tanto al alza como a la baja, y lo que adquirieron con el tiempo, *de facto*, fue un préstamo que pasó a ser a interés fijo del 3’00 % y que sólo es modificable al alza. Por otra parte, conviene puntualizar que la “cláusula suelo” no forma parte del precio del préstamo hipotecario. En todo préstamo el cliente le compra dinero al Banco y el precio que paga por la compra es el interés. La esencia estructural o definitoria del precio es su certidumbre, como expresa el Art. 1445 CC. Aquí el precio es cierto, y consiste en el interés del Euribor más el diferencial correspondiente. Así opera a lo largo de la vida del préstamo. Sin embargo la “cláusula suelo” lo que introduce es una prestación económica añadida en favor de





la entidad demandada que no es cierta y que está sometida a una condición suspensiva, cual es que el Euribor no descienda por debajo de un determinado nivel. Hay, pues, una neta diferencia conceptual. De ahí que no haya inconveniente para su control de abusividad.

QUINTO.- Nulidad de pleno derecho.- Por todo lo expuesto, y en aplicación de la normativa citada líneas atrás, estamos ante una cláusula abusiva de crédito y nula de pleno derecho, que ni se informó de modo transparente y comprensible ni se insertó en la escritura con la transparencia deseable, debiendo reputarse expulsada del contrato desde el mismo momento de su otorgamiento, en fecha 11 de Diciembre de 2003, sin que pueda tener ningún efecto en perjuicio de las demandantes. Esto significa, en aplicación de la normativa señalada en el fundamento jurídico primero, que la nulidad tiene efecto retroactivo absoluto y que no cabe ningún tipo de integración contractual poniendo límites a esa retroactividad. Actualmente el préstamo ni siquiera podría inscribirse sin objeciones en el Registro de la Propiedad porque para ello sería preciso un documento manuscrito de las reclamantes declarando conocer y asumir la “cláusula suelo” con todas sus consecuencias, lo que, obviamente, aquí no existe (véanse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de Octubre de 2015 –BOE de 23.11.15- y de 10 de Diciembre de 2015 –BOE de 28.12.15-). Por otra parte, no es posible sostener la confirmación de la cláusula litigiosa, y la sanación de la nulidad, y ni siquiera esgrimir la doctrina de los actos propios, por el hecho de que las accionantes hayan pagado durante años el “suelo” sin protesta, y lo hayan hecho, además, tras ir recibiendo extractos mensuales en los que figuraba el tipo de interés aplicado. Estas circunstancias se explican porque las actoras no eran conscientes de que tuviesen “suelo”, por la ignorancia sobre sus propios derechos, y porque se limitaban a comprobar en cada recibo que su cuantía estuviese dentro de lo que podían pagar, acaso según lo hablado con la entidad en su momento. Pero en modo alguno tal comportamiento es expresivo de una voluntad confirmatoria ni estamos ante una conducta contradictoria al reclamar





ahora. Además, una cláusula nula de pleno derecho nunca puede ser objeto de confirmación expresa o tácita.

SEXTO.- Efectos de la nulidad declarada.- Son de aplicación al caso el Art. 1303 CC, el Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/07, en su redacción por la Ley 3/14, y el Art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Estos preceptos establecen que, cuando existe nulidad, han de restituirse las prestaciones desde un principio, quedando la cláusulas abusivas expulsadas del contrato *ab initio*, no vinculando en ningún sentido al consumidor, y no siendo posible ningún tipo de integración de las estipulaciones nulas. En consecuencia, lo que aquí ha de restituirse son todos los excesos de pago que se han satisfecho y que se sigan satisfaciendo por efecto de la “cláusula suelo” que se declara nula. No obstante, nuestra jurisprudencia (SSTS de 9.5.13, 25.3.15 y 29.4.15) tenía establecido, para supuestos como el presente, -aunque luego se rectificó- que sólo han de restituirse las cantidades abonadas de más a partir del día 9 de Mayo de 2013.

SÉPTIMO.- Aplicación del Derecho de la Unión Europea.- Hay que tener muy presentes dos premisas. La primera es que el Derecho de la Unión goza de preeminencia o aplicación preferente respecto al Derecho nacional de los Estados miembros. Así lo declaró la STJUE de 9.3.78 –*Caso Simmenthal*- y así lo viene declarando desde entonces el Alto Tribunal hasta la actualidad. La segunda es que, de conformidad con lo establecido en el Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es el único órgano jurisdiccional a quien incumbe, en exclusiva, la interpretación de las Directivas. Él es el único intérprete de la legislación de la Unión, como recuerda el Informe de la Comisión Europea de 13 de Julio de 2015, emitido en el asunto *Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. –C154/15-*, en el que se examinó precisamente la jurisprudencia española limitativa del efecto retroactivo de la nulidad de una “cláusula suelo”. Dicho lo anterior, resulta de aplicación al caso enjuiciado lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con





consumidores, cuyo Art. 6.1 dispone que “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. Y su Art. 7.1 añade que “los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Estos preceptos establecen que la estipulación declarada nula por abusiva en ningún caso vinculará al consumidor. Han sido interpretados reiteradamente por el TJUE, siendo de destacar, por su claridad, su sentencia de 14 de Junio de 2012, dictada en el *Caso Calderón Camino contra Banco Español de Crédito, S.A. –C618/10–*, la cual, recogiendo lo dictaminado en sentencias precedentes (*Casos Asturcom Telecomunicaciones, Pohotovost y Perenicová-Perenic*) ha fijado la siguiente doctrina: “Del tenor literal del apartado 1 del citado Art. 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta **no produzca efectos** vinculantes para el consumidor, **sin estar facultados** para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible” (apartado 65). “Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el Art. 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (apartado





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

69). “Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el Art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor” (apartado 71). La doctrina anterior ha sido reiterada en la STJUE de 21 de Enero de 2015 (*Casos acumulados Hidalgo Rueda y otros contra Unicaja Banco, S.A., y Rueda Ledesma y otra, Labella Crespo y otros, y Galán Luna, contra Caixaabank, S.A.*) (véase apartado 32), resolución que, a su vez, cita las sentencias *Man Garabito (2013)* y *Káslerné Rábai (2014)*. Por último, el TJUE ha extremado la protección de los consumidores declarando que la cláusula abusiva no es vinculante para ellos incluso aunque el profesional no haya llegado a aplicarla. En efecto, el auto de 11 de Junio de 2015 (*Caso Quintano y otra contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*) expresa que “a fin de garantizar el efecto disuasorio del Art. 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del Art. 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica” (apartado 50). Esto significa que, incluso aunque el “suelo” nunca se hubiese aplicado, no habría inconveniente para declararlo nulo y eliminarlo del contrato, quedando a salvo las demandantes de cualquier intento de aplicación futura.

OCTAVO.- Imposibilidad de limitar los efectos ex tunc de la nulidad.-

Visto el contenido de la Directiva y la clara, consolidada y reiterada jurisprudencia elaborada por el TJUE al interpretarla, este juzgador está obligado a aplicarlas al caso de autos. El Art. 4 bis, apdo. 1, LOPJ, obliga a todos los jueces a aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia emanada del TJUE. Y dado que la no vinculación del consumidor hacia la cláusula abusiva ha de ser absoluta, sin ningún tipo de restricción, sea temporal, cuantitativa o de otro tipo, las demandantes tienen derecho al reintegro de la totalidad de los excesos de pago hechos y que sigan haciendo con posterioridad por efecto de la “cláusula



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

suelo” declarada nula. El mencionado informe de la Comisión Europea de 13.7.15 explica por qué no es posible acotar en el tiempo la devolución de las cantidades abonadas de más, tal como estableció la STS de 9.5.13 (y jurisprudencia posterior – hoy rectificad-), y lo hace así: “Teniendo en cuenta lo anterior, que el tenor literal del Art. 6.1 de la Directiva afirma que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores, sin añadir ningún matiz o limitación temporal a la *no vinculación*, así como la interpretación dada a dicho precepto por el Tribunal de Justicia, cabe concluir que el concepto de *no vinculación* referido en el Art. 6.1 de la Directiva surte efectos *ex tunc* y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión” (apartado 29). “Por otra parte, conviene puntualizar que cualquier otra interpretación pondría en peligro el objetivo protector de la Directiva. En efecto, una aplicación *ex nunc* del Art. 6.1 de la Directiva implicaría que sólo si los consumidores impugnaran una determinada cláusula ante el juez nacional, y sólo si éste llegara a declararla abusiva, la misma cesaría de surtir efectos. Tal limitación **generaría un aliciente perverso para los comerciantes**, que no tendrían nada que perder al incluir sistemáticamente cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores, ya que sólo a partir de una hipotética declaración de abusividad de la cláusula, ésta cesaría de surtir efectos. Los comerciantes, en cambio, retendrían todos los réditos obtenidos hasta dicho momento por la aplicación de la cláusula abusiva” (apartado 30). “En consecuencia, sólo la aplicación *ex tunc* del concepto de *no vinculación* contenido en el Art. 6.1 de la Directiva responde al objetivo protector perseguido por la Directiva. Además, insistimos, esta interpretación coincide plenamente con los efectos de la nulidad de pleno derecho previstos en el ordenamiento jurídico español en el Art. 1303 CC” (apartado 33). “A la luz de lo expuesto, la Comisión considera que los efectos de la nulidad podrían de forma excepcional verse limitados cuando fuera necesario proteger el principio de cosa juzgada. Por el contrario, **otros límites potenciales a la nulidad de las cláusulas abusivas, tales como los pagos que hubieran sido efectuados antes de que el tribunal nacional dictara la sentencia declarativa de tal nulidad –tal y como parece esgrimir la STS español de 9.5.13- carecerían, en nuestra opinión, de justificación y de respaldo jurídico y por ello no deberían ser aceptados, so**



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



pagadas de más desde el inicio y hasta que cese en la aplicación de la “cláusula suelo”, más los intereses legales a computar desde cada uno de los pagos periódicos y hasta la fecha de esta sentencia; desde esta fecha y hasta la efectiva devolución, tales pagos excedidos devengarán el interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Los pagos en exceso posteriores a esta resolución devengarán el interés legal hasta su efectivo reintegro. No es preciso que el reembolso de cantidades se haya pedido exactamente en la forma que se ha indicado, porque dicho efecto no depende del modo en que lo solicite la parte perjudicada sino que emana directamente de la Ley, y en concreto del citado Art. 1303 CC. Lo dicho no es más que una aplicación de la doctrina de nuestra Audiencia Provincial (Sec. 5ª), que, en sentencia de 3 de Julio de 2015 –nº 196–, en un supuesto similar, fijó el recorrido que han de tener los intereses en el reintegro de prestaciones inherente a la nulidad.

DÉCIMO.- Costas.- Comoquiera que todas las pretensiones ejercitadas han de gozar del respaldo judicial, el coste económico del proceso ha de imponerse a la parte demandada (cfr. Art. 394.1 LEC). Como ya se expuso, el Derecho de la Unión prevalece y es prioritario, en caso de conflicto, respecto al Derecho nacional del estado miembro, y todos los jueces estaban y están obligados a respetar esta preeminencia. Además, antes del día 9.5.13, estaba vigente la Directiva 13/93/CEE que venía siendo interpretada de forma constante, reiterada y uniforme por el TJUE en el sentido de que una cláusula nula por abusiva no podía tener efecto de ningún tipo en perjuicio del consumidor. Esto lo repitió el Alto Tribunal una y otra vez, con mucha insistencia, como, por ejemplo, en los casos *Asturcom Telecomunicaciones (2009)*, *Elbinov (2010)*, *Banesto (2012)* y *Aziz (2013)*. Después del día 9.5.13 el TJUE mantuvo exactamente la misma doctrina y continuó repitiendo que una cláusula abusiva no puede producir ningún efecto en contra del consumidor. Así lo manifestó, por ejemplo, en los asuntos *Man Garabito (2013)*, *Morcillo/ Abril (2014)*, *Káslerné Rabai (2014)*, *Unicaja/ Caixabank (2015)*, *DI (2016)*, y *Ognyanov (2016)*. En consecuencia, la línea jurisprudencial, antes y después, era muy clara y muy pacífica, y la sentencia de 21.12.16 no introdujo ninguna innovación o modificación al respecto. De forma coherente y respetuosa con lo decidido





reiteradamente con anterioridad, el TJUE se limitó a aplicar su propia doctrina a los efectos de toda cláusula suelo declarada nula. No hubo nada nuevo. El día 28.6.17, cuando “Banco CEISS” se personó, conocía perfectamente la descrita y pacífica jurisprudencia europea, y su naturaleza preeminente sobre el Derecho interno, y, sin embargo, rechazó todo acuerdo y permitió la continuidad del proceso. Por consiguiente, constatamos, que ni antes ni después de 2013 la jurisprudencia europea suscitó dudas de ningún género acerca del efecto no vinculante de una estipulación nula, de tal suerte que ahora no puede utilizarse la sentencia de 9.5.13 y la jurisprudencia nacional posterior –hoy rectificada-, declarada expresamente por el TJUE como “no compatible con el Derecho de la Unión”, y las respuestas contradictorias que ello originó entre los operadores jurídicos, para enarbolar unas dudas de Derecho, nacidas de forma peculiar, y aplicar la regla excepcional del Art. 394.1 LEC, para premiar al Banco, en posición de superioridad frente a las consumidoras, y autor del abuso, con la exención de las costas.

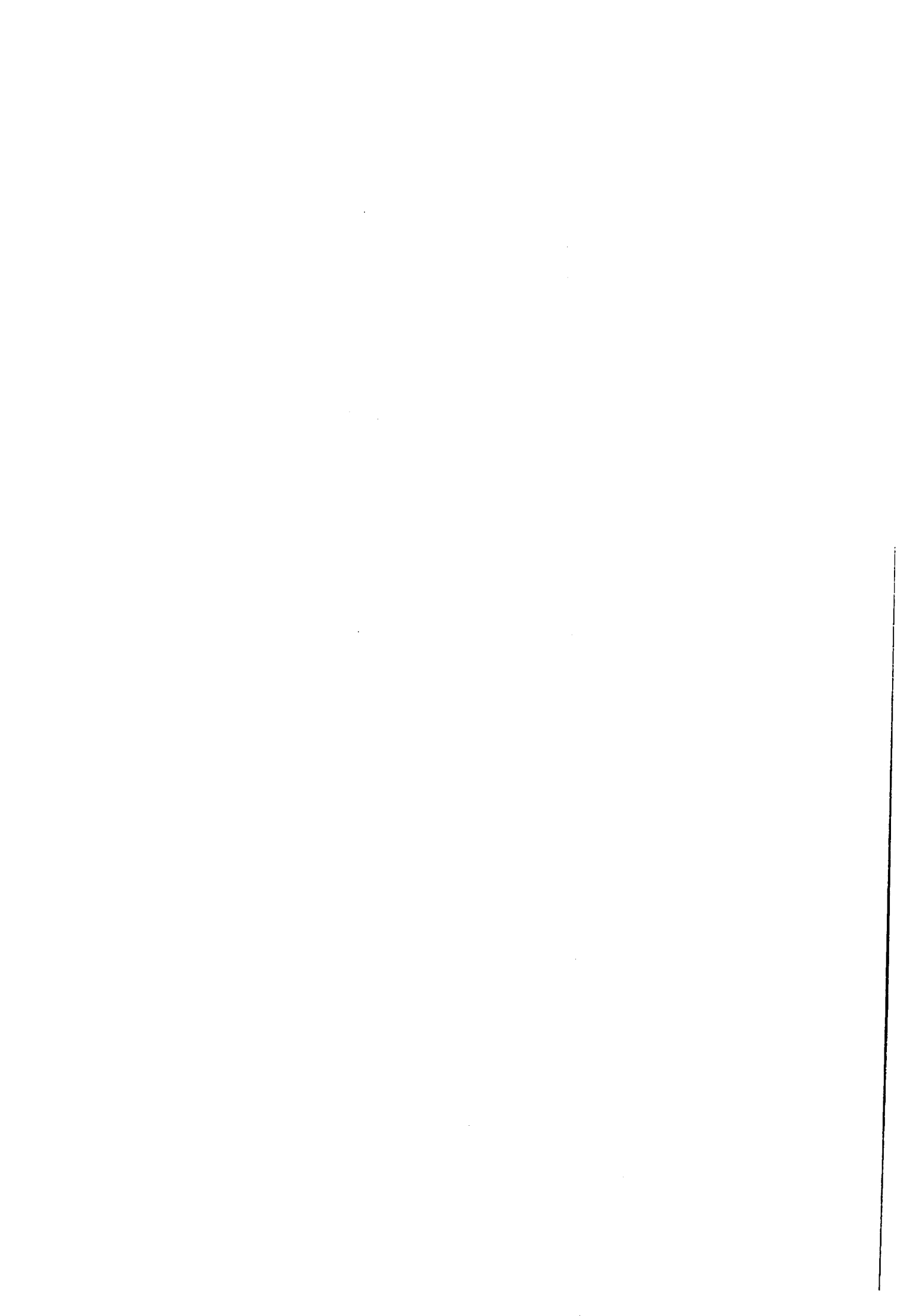
Vistos los artículos citados, y los demás preceptos de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo, en su integridad, la demanda interpuesta por **DOÑA SONIA** y **DOÑA TERESA MARIL FERRE** contra **“BANCO CEISS, S.A.”** (antes **“CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES”**), y, en su virtud,

1). Declaro la nulidad de pleno derecho, por abusiva, de la cláusula tercera bis, sobre “tipo de interés variable”, cuando expresa que “en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación podrá ser superior al 12 % ni inferior al 3 %”, estipulación contenida en el contrato de compraventa con subrogación y novación modificativa de hipoteca de 11 de Diciembre de 2003, que







vincula a ambas partes, manteniéndose la vigencia del resto de la cláusula y del resto del contrato.

2). Condeno a la entidad demandada a devolver a las actoras todas las cantidades cobradas en exceso por el "suelo" desde el inicio del contrato y hasta que cese la aplicación de la estipulación anulada, sumas calculadas por la diferencia entre lo cobrado y lo debido cobrar sin el límite mínimo, y a determinar en ejecución de sentencia.

3). Las cantidades pagadas en exceso, a que se refiere el apartado precedente, devengarán, desde cada pago periódico y hasta hoy, el interés legal del dinero; y desde hoy y hasta el completo reintegro, ese mismo interés incrementado en dos puntos. Las cantidades que se abonen tras esta sentencia devengarán, desde cada pago periódico y hasta el efectivo reembolso, el interés legal del dinero.

4). Impongo al Banco todas las costas de este juicio.

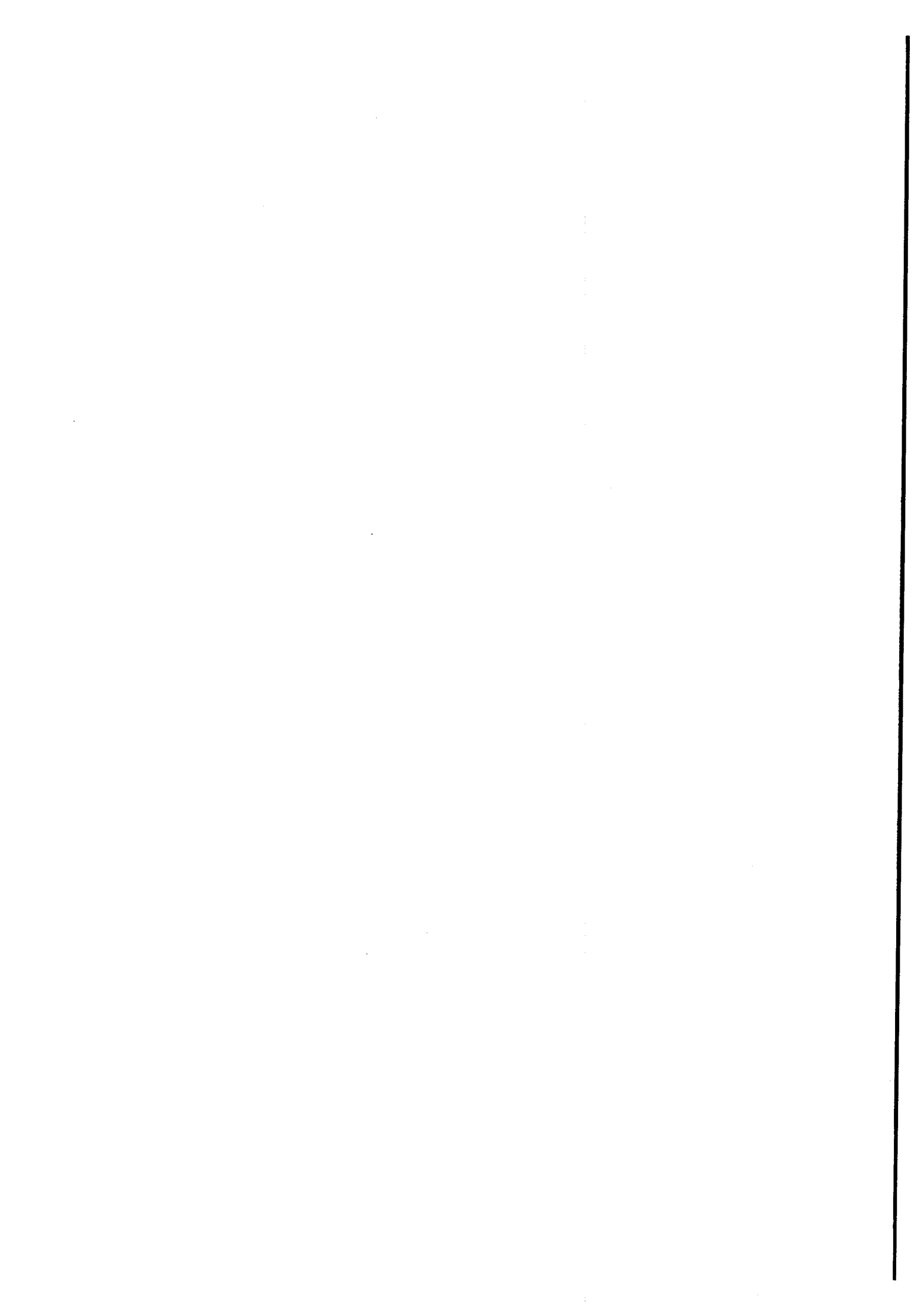
Llévese el original al protocolo de sentencias dejando testimonio bastante en las actuaciones.

Notifíquese la presente resolución judicial a las litigantes haciéndoles saber que no es firme y que contra ella pueden formular, en el plazo de veinte días hábiles, a contar desde el día siguiente al de su notificación, recurso de apelación, a interponer en este juzgado y a resolver por la Audiencia Provincial, con la advertencia expresa de que, al presentar el escrito del recurso, deberá acompañarse el justificante de haber constituido el depósito dinerario legalmente establecido.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, hallándose celebrando audiencia pública en





el mismo día de su pronunciamiento, de todo lo cual, yo, el Letrado de la
Administración de Justicia, doy fe.-

