Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 935549468
FAX: 935549568

N.I.G.: 0801947120148008041

Procedimiento ordinario - 976/2014 -F

Materia: Demanda de impugnaciones condiciones generales de contratación

Cuenta BANCO SANTANDER:
Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona
Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES 55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:
Procuradora: Natalia Guadalajara Williams
Abogado: FERRAN CASELLAS BAS

Parte demandada/ejecutada: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.
Procurador: Jaime-Luis Aso Roca
Abogado: MIGUEL ÁNGEL PAZOS MOYA

JUZGADO MERCANTIL Nº 8
BARCELONA

Asunto: J.O. 976/2014 F

SENTENCIA Nº2/2017

En Barcelona, a nueve de enero de dos mil diecisiete.

Vistos por Marta Cervera Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona, los presentes autos de juicio ordinario seguido con el número 976/2014 entre:

Demandante.- Dª. , representado por el Procurador de los Tribunales D. Natalia Guadalajara y asistido por el Abogado Sr. Ferran Casellas.

Demandado.- La entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Jaume-Luis Aso Roca y asistido por el Abogado Sr. Pazos.

Causa.-. Condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 11 de noviembre de 2014 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por el Procurador de los Tribunales Dª. Natalia Guadalajara, en nombre y

representación de Dª. en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba se dicte sentencia por la que:

A. Con carácter principal:

- Se declare la nulidad, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación denominada cláusula suelo inserta como cláusula "PRIMERA.- CLAUSULAS FINANCIERAS" apartado 3.3 en el préstamo con garantía hipotecaria de 30 de marzo de 2007, en la que mi representada se subrogó en fecha de 7 de octubre de 2008.

- Se condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario.

- Se condene a la demandada a la devolución de los intereses pagados indebidamente en aplicación de la cláusula suelo, desde que se produjo la subrogación hipotecaria (7 de octubre de 2008) y hasta que se produzca la eliminación de la misma, cantidad que se determinará en fase de ejecución de sentencia, con los intereses legales devengados por dicha cantidad.

- Se condene en costas a la parte demandada.

B. Con carácter subsidiario:

- Se declare que la entidad bancaria eliminó la cláusula suelo inserta en el contrato como cláusula "PRIMERA.- CLAUSULAS FINANCIERAS" apartado 3.3, a partir de diciembre de 2010, desprendiéndose claramente de los actos y manifestaciones de la propia entidad bancaria.

- Se declare que, en consecuencia, se modificó la realidad jurídica existente en el sentido de que la referida cláusula suelo fue eliminada y que, por lo tanto, no podía aplicarse desde diciembre de 2010.

- Se condene a la demandada a la devolución al prestatario de los intereses pagados indebidamente en aplicación de la cláusula suelo, desde septiembre de 2012 y hasta que se produzca la eliminación de la misma, cantidad que se determinará en fase de ejecución de sentencia, con más los intereses legales correspondientes.

- Se condene en costas a la parte demandada.

Segundo.- La demanda fue admitida a trámite por decreto de 21 de noviembre de 2014.

Tercero.- La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito de 30 de diciembre de 2014 solicitando la desestimación con expresa condena en costas.

Cuarto.- Se convocó a las partes a una audiencia previa que tuvo lugar el 16 de marzo de 2015. En la audiencia previa las partes manifestaron no haber acuerdo entre ellas, se ratificaron en sus planteamientos iniciales y concretaron sus pretensiones; se resolvieron las excepciones procesales y a continuación ambas partes se pronunciaron sobre los documentos obrantes en autos, fijaron los hechos controvertidos, y se solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Habiendo solicitado prueba testifical se convocó juicio que finalmente se celebró el 6 de octubre de 2016.

Quinto.- Practicada la prueba propuesta quedaron los autos pendientes de sentencia, suspendiéndose el plazo para dictarla en tanto no se resolviese la cuestión prejudicial planteada al TJUE C-154/15 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. La citada cuestión fue resuelta mediante STJUE de 21 de diciembre de 2016, quedando los autos pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Pretensiones de las partes.-

La representación de Dª. ejercita una acción de nulidad de la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes por considerar que es abusiva de conformidad con la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación. Por ello solicita la nulidad de la citada cláusula, la devolución de las cantidades pagadas de más como consecuencia de la aplicación de la citada condición, y expresa imposición de costas.

Por su parte la mercantil demandada se opone a las pretensiones de adverso sobre la base de que se trata de una cláusula totalmente válida y lícita, que ha sido libremente negociada por las partes y no impuesta o predispuesta en el contrato de préstamo, por lo que se solicita la desestimación de la demanda.

Segundo.- De la prueba documental y demás practicada podemos fijar los siguientes hechos probados:

1. El actor Dª. . suscribió con BANCO

POPULAR ESPAÑOL el 7/10/2008 un contrato de subrogación de préstamo hipotecario por importe de 434.523,75 euros donde se pactó un interés inicial de 4,75% durante un año y posteriormente un interés variable (euribor más un diferencial) por un plazo de 30 años.

2. En el contrato consta la siguiente cláusula: *"Límite a la variación del tipo de interés de referencia aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato, será del 4,00%.*

3. No consta oferta vinculante

Tercero.- Acción de nulidad por cláusulas abusivas.

Alegación de cosa juzgada.

Con carácter previo a entrar en el estudio de la nulidad de la cláusula suelo debo pronunciarme sobre el hecho nuevo alegado por la demandada en cuanto a la STS 23 de diciembre de 2015 en el marco de una acción colectiva donde se ha declarado la nulidad de la cláusula suelo de la entidad demandada, por lo que considera que la citada sentencia firme produce efectos de cosa juzgada por lo que ya se ha retirado la presente cláusula del contrato de autos. Por su parte la actora se opone a la alegación de cosa juzgada y solicita que se resuelva sobre la nulidad de la cláusula en el caso concreto.

A lo largo del presente procedimiento se alegó la existencia de litispendencia por la existencia de un procedimiento previo donde se había ejercitado la acción colectiva de cesación frente a la entidad demandada. Tras resolverse la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil nº 9 de Barcelona (asunto C-381/14) se dictó auto de 19 de abril de 2016 en el que se desestimaba la excepción procesal de litispendencia y/o prejudicialidad planteada por la demandada. En aquella resolución se ponía de manifiesto la STJUE de 16 de abril de 2016 en la que se indica que no concurre identidad subjetiva y objetiva de acciones entre la colectiva y la individual por lo que no puede apreciarse litispendiencia, por lo que el mismo motivo nos lleva a considerar que no concurre cosa juzgada al carecer de la triple identidad necesaria dada la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual además de la diversidad de partes, puesto que recordemos que el actor no participó en aquel procedimiento (párrafo 41 de la STJUE 16/04/2016). Por ello procede desestimar la excepción de cosa juzgada y entrar a analizar la nulidad de la cláusula suelo en el caso concreto.

Como hemos visto, la parte actora ejercita una acción de impugnación de la cláusula

suelo-techo del contrato de autos por entender que es abusiva de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1998 de Condiciones Generales de Contratación.

Tanto a Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (reformada por la Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), desarrollan, por un lado, el art. 51 de la Constitución, que mandata a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad. Ambas leyes han sido reformadas por el Texto Refundido de la LGDCU operado por el RDL 1/2007.

El artículo 1º de la Ley 7/98 define las condiciones generales de la contratación como "*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*". Por tanto esta ley se aplica a los denominados contratos de adhesión y se identifica a las partes del contrato como: predisponente - Es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos- y adherente - Puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica-.

En materia de condiciones generales de la contratación que tengan el carácter de abusivas, la formulación más pragmática es la que aparece en la Directiva 93/13 CEE que en su art. 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva "*las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el art. 3". El art. 3 indica que "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".*

La Ley de Condiciones Generales en la Exposición de Motivos reproduce la definición de cláusula abusiva de la Directiva: *"Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*" remitiendo en el art. 8 de la Ley a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios e indicando que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor remitiéndose, en estos casos, a la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

Para que una cláusula sea nula por abusiva, que es lo que aquí se pretende, no es necesario que se trate de una condición general sino que basta, de conformidad con la LGDCU, que sea una condición no negociada individualmente.

En este contexto debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de los Civil, de 9 de mayo de 2013 que viene a resolver muchas de las cuestiones que han planteado las partes litigantes en cuanto a la cláusula suelo, así se pronuncia afirmando terminantemente su naturaleza de condición general de la contratación y expone en el f. 144 lo siguiente:

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.

En lo tocante al requisito de la imposición de una condición contractual, el Pleno concluye en el f.165 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.

Otra cuestión es si la mencionada condición general causa o no en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio de los demandantes un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones infringiendo el art. 82.1 RDL 1/2007. Vinculada a esta cuestión está la relativa a si la cláusula suelo al referirse a un elemento esencial del contrato (el precio) puede o

no someterse a dicho control de equilibrio. Según el TS las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato al cumplir una función definitoria o descriptiva esencial al consistir en un "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio" (p. 188 a 190). Ahora bien, ello no impediría en hipótesis que dicha condición general pueda ser sometido a control de contenido, esto es, que se declare abusiva (TJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40). Sin embargo, con cita en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS concluye (p.196) que como regla en la cláusula suelo no cabe el control del equilibrio de las "contraprestaciones", de tal forma que no cabe un control de precio.

Ahora bien, las circunstancias de que la parte actora sea consumidor y que el contrato de préstamo es un contrato de adhesión en el que la entidad financiera fue predisponente obliga a realizar una fiscalización de las cláusulas abusivas.

En efecto, la Sentencia TJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11 y doctrina que la precede proclama en estos casos la necesidad de una intervención positiva del Juzgado ajena a las partes del contrato (ap.21) para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual (ap.22) tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (ap.23).

Por ello debo analizar la denominada cláusula suelo de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y la STS de 9 de mayo de 2013 que informa de la técnica a aplicar para resolver si es o no aplicable. Esto es, según el f. 197 "*que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone*".

Cuarto.- Carácter abusivo de la cláusula.

Al estar en presencia de una condición general, un primer control a realizar es el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 L 7/98.

Una forma de superar este control es según el f. 202 de la citada STS de 9 de mayo de 2013 el cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 en virtud de la cual se exigía la existencia de una oferta vinculante firmada tres días antes de la firma de la escritura en las hipotecas nuevas con límite de 150.253,03 euros. Indicar que a partir de del 8 de diciembre de 2007, según la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, BOE del 8 de diciembre de 2007), se debe facilitar la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca a las hipotecas de cualquier importe, sin perjuicio que la obligación de los tres días sólo se mantiene para las hipotecas con límite de

150.253,03 euros. Recientemente se ha vuelto a modificar la normativa y para las hipotecas más nuevas, el 28 de Octubre de 2011 se publicó la Orden EHA/2899/2011 que derogada la Orden Ministerial de Mayo de 1994 por lo que a partir del 29 de Julio de 2012 deja de ser obligatoria la oferta vinculante aunque el cliente si puede pedirla.

En el caso que nos ocupa no existe oferta vinculante, por lo que no podemos analizar su contenido y la información precontractual que se ofreció.

Considero que se cumple con los requisitos de incorporación del art. 5.5 y 7 L7/98 (transparencia, claridad, concreción y sencillez) por el propio redactado de la cláusula.

El que se cumplan los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato no determina con ello que finalice el análisis en caso de contratos con consumidores y usuarios, como es el caso de autos. Es necesario llevar a cabo un segundo análisis o control de transparencia a fin de constatar 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"* (f. 211). Es decir, *"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"*(f.256) sin que sea "(...) 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-" (f.257). En fin, es un *"control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato"* (f.215b).

El TS indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: *"las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".*

En el caso que autos el banco demandado no ha acreditado con la prueba practicada que el consumidor comprendiera que contrataba un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia, es decir, no se acredita la licitud de la cláusula suelo en atención a la concurrencia de las circunstancias expuestas en el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013:

a) No se acredita cumplidamente que se facilitase una información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) Se ubica la cláusula en un anexo al contrato siendo la cláusula contractual totalmente carente de precisión y concreción.

De la testifical del Sr. Ortiz, marido de la actora y presente al tiempo de la firma, indicó en juicio que no se le informó de la existencia de la cláusula suelo y su esposa no era conocedora de la misma. Tampoco se le hicieron comparaciones con otros productos o con otros escenarios. Indicó que el Banco Popular dejo de aplicar la cláusula suelo porque se fueron a quejar pero después se la han vuelto a aplicar.

Respecto de la documental ya hemos dicho que no se infiere realmente que el actor fuera informado suficientemente de la cláusula suelo y de sus efectos. En el caso que nos ocupa estamos ante una subrogación del préstamo hipotecario por lo que en la escritura suscrita por las partes no consta ni siquiera la cláusula que ahora se impugna sino que se remite a la escritura originaria. No habiendo acreditado el banco que se le informara expresamente de esta clausula al tiempo de firmar la escritura y no siendo suficiente una simple remisión a otro articulado es por lo que entiendo que procede acordar la nulidad solicitada. Además si observamos la escritura originaria en la que aparece la cláusula la encontramos en escasas cinco líneas tras varias páginas con abundante información sobre el interés variable que se aplicará al préstamo y las bonificaciones que le serán de aplicación, por lo que tampoco en la escritura de origen se informa con claridad y precisión sobre el contenido y consecuencias de la cláusula suelo.

Lo cierto es que de la prueba practicada no resulta acreditada la información dada al actor sobre la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo. En un préstamo a devolver en 30 años es necesario que la entidad financiera acredite que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar. Como dice el f. 218 "*La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas*".

No hay constancia de que la entidad demandada hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato. Es de aplicación el f.221 "*Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiamente secundario, habida*

cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato".

Ya hemos indicado que no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones, para que el consumidor entendiera el juego y operatividad de la cláusula suelo en el contrato o, insisto, que comprendiera que estaba contratando un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo y que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. La parte demandada no ha probado en modo alguno ni el cumplimiento del deber de información detallada sobre la cláusula y su alcance, tampoco que se hubiera producido un verdadero proceso de negociación que hubiera permitido a los prestatarios conocer el alcance y significado de la concreta cláusula de referencia y haber negociado de modo individualizado la misma. No cabe duda de que la parte actora recibió información general sobre las condiciones del contrato, pero no hay prueba específica respecto de la concreta cláusula objeto de controversia en estos autos.

En suma, en el caso que nos ocupa se comprueba que no hay prueba alguna de que la entidad financiera demandada incidiera en la cláusula suelo en su negociación con el consumidor, para que éste fuera perfectamente cabal de lo que estaba contratando y en fin de cómo iba a devolver el préstamo.

En definitiva la cláusula de referencia debía reputarse abusiva por poco transparente, estimando con ello las pretensiones de la actora en ese punto.

En cuanto a las consecuencias de esta nulidad la actora solicita la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde la suscripción del contrato. En el caso que nos ocupa debemos tener en cuenta la STJUE de 21/12/2016 en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada al TJUE C-154/15 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. En la citada resolución el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Debemos tener presente que, como indica el TJUE que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor

por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (párrafo 62) por lo que la devolución de los importes indebidamente abonados debe realizarse desde la fecha de suscripción del contrato ex art. 1.303 del CC.

Quinto.- Costas.-

Dada la estimación total de las pretensiones de la demanda, se imponen las costas a la parte demandada (artículo 394 de la LEC).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª. Natalia Guadalajara, en nombre y representación de Dª. contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y declaro nula y tener por no puesta la siguiente condición general de la contratación, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la escritura de subrogación de préstamo hipotecario firmado entre las partes en fecha 7/10/2008 con la siguiente redacción:

"Límite a la variación del tipo de interés de referencia aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato, será del 4%l".

Condeno a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario.

Condeno a la entidad financiera demandada a la devolución de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de suscripción del contrato, que se fijará en ejecución de sentencia.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese su original al libro de sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.