



**JDO.1A.INST.E INSTR.N.2 Y MERCANT.
SEGOVIA**

SENTENCIA: 00067/2015

C/ SAN AGUSTIN, 26-28

Teléfono: 921463257

Fax: 921463253

S40000

N.I.G.: 40194 41 1 2014 0003535

ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000584 /2014

Procedimiento origen: /

sobre **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**

DEMANDANTE D/ña. *****

Procurador/a Sr/a. MARTA BEATRIZ PEREZ GARCIA

Abogado/a Sr/a. ELENA GONZALEZ FERNANDEZ

DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Procurador/a Sr/a. JOSE CARLOS GALACHE DIEZ

Abogado/a Sr/a.

MARTA B. PEREZ GARCIA
Procurador
C/ José Zorrilla nº 47 – 2º B
40002 **SEGOVIA.-**
Telf./Fax: 921 44 28 72
MOVIL: 629 35 56 78
NOTIFICADO: 20-04-2015

SENTENCIA

En la ciudad de Segovia, a diez de abril de dos mil quince.

Vistos por el Iltmo. Sr. D. Jesús Marina Reig, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de esta ciudad y su partido, y de lo Mercantil de la provincia de Segovia, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos al número 584/14, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, a instancias de *****, representado por el Procurador Sra. Pérez García y asistido por el letrado Sra. González Fernández, contra Banco Popular Español, S.A., representado por Sr. Galache y asistido por el letrado Sr. Sanz Fernández de Lomana, y sus

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador Sra. Pérez García, en el nombre y representación de ***** se formuló demanda de juicio ordinario, turnada a este Juzgado, contra Banco Popular Español, S.A., en la que exponiendo los hechos y citando los fundamentos de derecho que consideraba de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia en la que estimando la demanda:

1.- Se declare la nulidad de la cláusula tercera 3.3., límite a la variación del tipo de interés aplicable de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en virtud de



documento público otorgado ante el notario Don Manuel Fermín Domínguez Rodríguez bajo el número 629 de los del año 2007 de su protocolo.

2.- Se condene a la entidad demandada a recalcular y rehacer excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del préstamo desde su constitución, restituyendo a los actores las cantidades que se hubiesen podido cobrar en exceso durante el período en que la cláusula haya estado en vigor y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin aplicación del suelo del 3,50 %, conforme a la fórmula de tipo variable de Euribor más el diferencial establecido, a lo que tendrá que sumarse a estas cantidades el interés legal del dinero.

Con imposición de las costas del juicio.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, por ésta, en tiempo y forma, se formuló contestación oponiéndose a la misma, alegando los hechos y citando los fundamentos de derecho de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se tuvo por contestada la demanda convocándose a las partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el art. 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tuvo lugar el día señalado. Se exhortó a las partes a que llegaran a un acuerdo, lo que no se logró. Se desestimaron las cuestiones procesales suscitadas, únicamente la de litispendencia, se efectuaron alegaciones complementarias, realizándose las aclaraciones y precisiones que estimaron oportuno las partes respecto de los hechos y argumentos de demanda y contestación, pronunciándose sobre los documentos y dictámenes periciales aportados de contrario, fijándose seguidamente los hechos sobre los que existía conformidad y disconformidad. La audiencia prosiguió para proposición y admisión de la prueba. Y siendo la prueba propuesta y declarada pertinente únicamente la documental se dio por concluida la audiencia y quedaron los autos sobre la mesa para sentencia conforme al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula demanda por ***** contra Banco Popular Español, S.A. con la pretensión de que sea declarada nula la cláusula suelo contenida en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes y se restituya la cantidad cobrada en exceso por la aplicación de la misma durante la vida del préstamo.

SEGUNDO.- A la primera cuestión le es aplicable lo establecido en reiterada doctrina por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, y, singularmente, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014.

Sobre la cuestión de cuando apreciar la imposición de las condiciones generales dice la STS 9 de mayo de 2013:

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir 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 preredactada 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.*

Responde afirmativamente la STS 9 mayo de 2013, a la cuestión de si cabe incluir entre las condiciones generales las que recaen sobre el objeto principal del contrato:

- "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"*

Más adelante afirma que *"189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato."*

Sin embargo, de ahí no se desprende que no puedan ser objeto de control acerca de su contenido puede ser abusivo, pese a que esa sea la regla general. Y dice:

"196. De lo expuesto cabe concluir:

- 1º.- Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.*
- 2º.- Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.*

197. Sin embargo, 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".

El doble control se refiere por un lado al control de la transparencia a efectos de su incorporación al contrato, y por otro lado, en el caso de los contratos suscritos con consumidores, al control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Así afirma:

"215. Sentado lo anterior cabe concluir:

- 1.- Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.*
- 2.- Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato."*

Y explica porque las cláusulas suelo analizadas en ese supuesto no son transparentes:

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) 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 -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
- e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos que diluyen la atención del consumidor.*

De todo cuanto se ha recogido debe concluirse que la cláusula suelo impugnada es condición general de la contratación, susceptible de control, que no supera el control de transparencia, no se acredita la entrega del documento de la oferta vinculante, ni se acredita documentalmente el cumplimiento de los deberes de información exigidos en la citada sentencia, siendo insuficiente la prueba testifical; y produce desequilibrio en perjuicio del consumidor, bajo apariencia de interés variable. En consecuencia, la demanda debe ser estimada en su petición primera y se debe declarar nulidad de la cláusula cuestionada.

TERCERO.- Entrando en la segunda petición del suplico, la restitución de lo abonado en exceso computando los pagos realizados sin aplicar la condición nula, es conocido que la Sentencia de 9 de mayo de 2013 declaró que no procedía restitución alguna. Sin embargo, alguna matización cabe hacer a la vista de la segunda sentencia dictada sobre esta cuestión por el Tribunal Supremo, la de 8 de septiembre de 2014.

En el supuesto de la sentencia de 8 de septiembre de 2014, la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda planteada, la estimó en el apartado dirigido a la anulación de la cláusula suelo, y la desestimó en el apartado relativo a la condena a restituir. La parte demandante consintió la sentencia, no la recurrió. La parte demandada recurrió en apelación. Su apelación fue estimada, y la demanda fracasó en su integridad en esa segunda instancia. Recurre la actora apelada en casación, y recurso se estima. Pero el Tribunal Supremo no dice nada sobre este punto, ni siquiera para ratificar como obiter dicta lo que



dijo en mayo de 2013. Dice en el apartado 10 del fundamento de derecho segundo que no puede entrar en los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante se aquietó en este extremo a la sentencia de primera instancia, no la recurrió.

CUARTO.- Contrasta este silencio con lo que dijo el 9 de mayo de 2013, en sentencia que merece detenido análisis en este punto.

Comenzando por el suplico de la demanda que dio lugar al inicio del procedimiento que culmina con dicha sentencia, que se transcribe en los antecedentes de hecho, punto 2:

"Suplico al juzgado...:

"1 - Declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación descritas en los Hechos Primero, Segundo y Tercero de la presente demanda, es decir, de las cláusulas de los contratos de préstamos a interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia.

2.- Condene a las entidades financieras demandadas a eliminar dichas condiciones generales de la contratación, u otras que, en otros términos, establezcan el mismo contenido de determinar un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, de las condiciones generales de los contratos de préstamo, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

3.- Se ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en el presente procedimiento, junto con el texto de las cláusulas afectadas, con los gastos a cargo de los demandados y condenados, o en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, o en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del Juzgado, o en ambos medios a la vez, de forma que esa publicación ocupe, en el caso del periódico, al menos, una página, en caracteres

tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, en sistema informático Word, y tipo de letra "Times New Roman", para lo cual se les dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

4.- Ordene la inscripción registral de la sentencia y, en consecuencia, dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que resulte competente, para la inscripción de la sentencia estimatoria de las acciones ejercitadas en el presente procedimiento en el citado Registro.

5.- Condene en costas a las demandadas, con expresa imposición
".

Como se ve, nada se pide sobre reintegración de cantidad alguna, ni eficacia respecto de situaciones anteriores.

El fallo de la sentencia de primera instancia fue el siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por AUSBANC, representada por Procurador Sr/a. Pérez Sánchez frente a las entidades BBVA, representada por Procurador Sr/a. Romero Rodríguez, CAJAMAR, representada por Procurador Sr/a. Gordillo Alcalá, y CAIXA GALICIA, representada por Procurador Sr / a. Muñoz Martínez, debo declarar y declaro lo siguiente:

1º Declaro La NULIDAD, por abusivas, de las denominadas "cláusulas suelo" de autos, en los préstamos hipotecarios a interés variable con consumidores, celebrados por las entidades BBVA, LA CAIXA Y CAJAMAR, dado el desfase apreciado de las mismas en relación a las cláusulas techo que las acompañan, de conformidad con lo dispuesto en la fundamentación de esta resolución. Condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración.

2º Condeno a BBVA, LA CAIXA Y CAJAMAR a la eliminación de dichas condiciones generales de la contratación y a



abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en sus contratos de préstamo hipotecario con consumidores y usuarios.

3º Ordeno la publicación del fallo de la presente sentencia, una vez firme, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un diario de los de mayor difusión de la provincia, con tamaño de letra del núm. 10 o superior, todo ello a cargo de la demandada y en el plazo de 15 días desde la notificación de la sentencia."

Como se ve, nada acuerda sobre restitución de cantidad alguna.

En la apelación se personó el Ministerio fiscal, por entender afectado el interés social, según se lee en el número 11 de la STS. El art. 16 de la LCGC reconoce al Ministerio fiscal legitimación para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 12, que son las acciones de cesación, retractación y declarativa. Así explica la Audiencia provincial de Sevilla en su sentencia de 7 de octubre de 2011, en el último párrafo del antecedente de hecho tercero, esa personación:

"En este procedimiento, el Ministerio Fiscal se personó en la segunda instancia el 21 de junio de 2011 por entender afectado el interés social. Y como el art. 11.4 de la LEC le legitima para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, específicamente el art. 16.6 de la LCGC le legitima activamente para el ejercicio de la acción de cesación del art. 12 LCGC, el art. 13 de la LEC permite la intervención como demandante mientras se encuentre pendiente un proceso de quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pudiendo defender las pretensiones formuladas aunque el litisconsorte se aparte del procedimiento por cualquier causa, y el art. 54.2 de la LCU permite al Fiscal personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de las entidades que enumera en el número uno del mismo

precepto, ejercitando la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, si lo estima oportuno para la defensa de los intereses que representa, la Sala le tuvo por personado y parte interviniente mediante Auto de 21 de julio de 2011. Por ello, al haberse personado en el proceso como interviniente una parte legitimada para el ejercicio de la acción en defensa de intereses generales deducida en el escrito inicial, no siendo la demandante originaria la única con legitimación extraordinaria para la defensa de los intereses que se ventilan en esta litis, el proceso ha de continuar adelante para entrar a resolver el fondo del debate planteado".

Es decir, la Audiencia provincial tuvo al Ministerio fiscal como personado como parte demandante, adherido a la demanda interpuesta. Y, coherentemente, le incluye en el fallo entre las partes apeladas, junto a los demandantes que veían su demanda desestimada por dicho fallo: "*... y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO%) y a la que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL mediante su personación en esta alzada, ...*".

Esa personación del fiscal en la segunda instancia resultó crucial para que la Audiencia provincial entrara en el fondo del asunto, toda vez que apreció la falta de legitimación activa de Ausbanc. Lo explica el Tribunal Supremo: "*30. La sentencia de la segunda instancia rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto ...*".

El fallo de la Audiencia provincial, en cuanto que desestima la demanda, nada dijo sobre retroactividad:

"Que estimando los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores de los Tribunales D. Mauricio Gordillo Alcalá en nombre y representación de la demandada CAJAMAR CAJA RURAL S.C.C., D^a. Marta Muñoz Martínez en nombre y representación de la entidad CAJA DE AHORROS DE GALICIA, VIGO, ORENSE Y PONTEVEDRA, y D^a. M^a. Dolores Romero Gutiérrez en nombre y representación de la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., contra la Sentencia dictada el día 30 de septiembre de 2010, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Mercantil N^o 2 de Sevilla, en los autos de juicio verbal N^o 348/10, de los que dimanar estas actuaciones, debemos revocar y revocamos la citada Resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por el Procurador D. Juan Ramón Pérez Sánchez en nombre y representación de la entidad ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), y a la que se ha adherido el MINISTERIO FISCAL mediante su personación en esta alzada, declaramos que no ha lugar a la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores y usuarios por las entidades demandadas que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, y absolvemos a las tres entidades demandadas de las pretensiones contra las mismas deducidas en la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias.

Esta sentencia, que desestima en el fondo la demanda interpuesta, es recurrida ante el Tribunal Supremo, por Ausbanc en recurso extraordinario por infracción procesal y en casación, y por el Ministerio fiscal, en casación.

Es interesante reseñar que la sentencia del Tribunal Supremo, tras describir que analizará en primer lugar la cuestión de la legitimación de Ausbanc y de ser estimada, su recurso extraordinario por infracción procesal, dice en el número 35 que: *"Seguidamente analizaremos de forma conjunta las cuestiones que plantean la sentencia y los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y Ausbanc, sin ajustarnos formalmente a los mismos"*. En esta misma línea antiformalista se puede leer en



otro pasaje: "130. Lo expuesto es determinante de que, en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas".

El resultado final es que el Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal en lo relativo a la falta de legitimación de Ausbanc (apartado primero del fallo), le reconoce legitimación, analiza su recurso extraordinario por infracción procesal y lo desestima (apartados segundo y tercero del fallo).

Después, en el apartado cuarto del fallo, estima en parte el recurso de casación y casa la sentencia de la Audiencia Provincial:

"Cuarto: Estimamos en parte los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la referida Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Quinta) el día siete de octubre de dos mil once, en el recurso de apelación 1604/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010, y casamos la sentencia recurrida."

A diferencia de lo que hace en la posterior sentencia de 8 de septiembre de 2014 esa casación no implica confirmación de la sentencia de primera instancia. La Sala Primera asume la segunda instancia y dicta sentencia de fondo resolviendo sobre la demanda interpuesta:



Quinto: Asumimos la segunda instancia y estimamos en parte los recursos interpuestos por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. contra la sentencia dictada el treinta de septiembre por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla en los autos juicio verbal 348/2010"

Ante todo rechaza que con carácter general las cláusulas suelo sean nulas, desestimando la demanda de Ausbanc en cuanto a ello se dirigía. A ello dedica el apartado sexto del fallo:

Sexto: Desestimamos en parte la demanda interpuesta por Asociación de usuarios de los servicios bancarios (Ausbanc Consumo) y declaramos que no ha lugar a declarar la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas a contratos de préstamo a interés variable suscritos con consumidores.

Después entra en las concretas pólizas de contratos que contienen las cláusulas suelo impugnadas, y respecto de ellas estima la demanda de nulidad, con un dispongo particularmente didáctico y motivado:

Séptimo: Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*

- e) *La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.*
- f) *Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.*

Acto seguido precisa en los apartados octavo, noveno y décimo el significado e incidencia de este fallo en los contratos cuestionados. En el apartado octavo, se ordena eliminar de los mismos dichas cláusulas:

Octavo: Condenamos a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. a eliminar dichas cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización.

En el apartado noveno se precisa que la nulidad solo afecta a la cláusula suelo, no a los contratos de préstamo (nulidad no afirmada ni pedida en la demanda):

Noveno: Declaramos la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario en vigor suscritos por las expresadas Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, Cajas Rurales Unidas, S.C.C. y NCG banco S.A.U. demandadas, concertados con consumidores en los que se hayan utilizado las cláusulas cuya utilización ordenamos cesar y eliminar.

Antes de entrar en el análisis del décimo, cabe reseñar que el apartado decimoprimeros estima la otra de las peticiones de la demanda, la de dar publicidad a la sentencia:

Decimoprimeros: Acordamos la publicación de los apartados sexto, séptimo y octavo del fallo de esta sentencia en un diario de los de mayor difusión de la provincia de Sevilla, con letra de tamaño 10 o superior, a cargo de las demandadas por terceras e iguales partes en el plazo de 30 días desde su notificación.



El apartado décimo es el relevante a los fines de la petición de condena a restituir:

"Décimo: No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia."

Como hemos visto, la demanda nada pidió sobre retroactividad ni restitución de pagos efectuados. La sentencia de primera y de segunda instancia nada dijeron. La razón de ser de este apartado se encuentra en el Ministerio fiscal. Tras personarse en apoyo del demandante apelado, durante la segunda instancia, recurrió en casación la sentencia que desestimó la demanda.

El Ministerio fiscal recurre con un único motivo, se lee en el punto 14 de los antecedentes de hecho de la sentencia: *"en un único motivo referido a la infracción por inaplicación del artículo 82.4.c) del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, en relación con el artículo 8.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación"*.

Su contenido se resume en el número 277: *<<El Ministerio Fiscal en su recurso interesa que se precise el elemento temporal de la sentencia, ya que "Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas", a lo que añade que "no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso">>*

Frase que abre el fundamento de derecho decimoséptimo, titulado "Eficacia no retroactiva de la sentencia", en el que sientan los razonamientos que llevan a la conclusión recogida en el apartado décimo de la parte dispositiva de la sentencia.

QUINTO.- De modo que sobre la cuestión hay dos sentencias del Tribunal Supremo. En la primera se pronuncia pese a no ser petición contenida en la demanda, a petición del Ministerio fiscal, que entra en el proceso en la posición demandante, en el marco de una sentencia en que se reconoce cierto antiformalismo, un no ajustarse a la estructura de los recursos, ni siquiera ajustarse exactamente al suplico de la demanda. En la segunda, se evita pronunciarse, por mor del imperio del principio dispositivo. La cuestión, pues, no está zanjada.

Cabe concluir que no hay razón en este caso para separarse de lo que viene siendo la doctrina tradicional en materia de nulidad en aplicación del art. 1303 del Código Civil, tampoco concurren las circunstancias excepcionales de que hizo uso el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Debe, en consecuencia, estimarse la petición segunda del suplico.

SEXTO.- En aplicación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición de las costas del juicio a la parte demandada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L O

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Pérez García, en el nombre y representación de ***** , contra Banco Popular Español, S.A.,

1.- Declaro la nulidad de la cláusula tercera 3.3., límite a la variación del tipo de interés aplicable de la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en virtud de documento público otorgado ante el notario Don Manuel Fermín Domínguez Rodríguez bajo el número 629 de los del año 2007 de su protocolo.

2.- Condeno a la entidad demandada a recalcular y rehacer excluyendo la cláusula suelo, los cuadros de amortización del



préstamo desde su constitución, restituyendo a los actores las cantidades que se hubiesen podido cobrar en exceso durante el período en que la cláusula haya estado en vigor y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin aplicación del suelo del 3,50 %, conforme a la fórmula de tipo variable de Euribor más el diferencial establecido, a lo que tendrá que sumarse a estas cantidades el interés legal del dinero.

Con imposición de las costas del juicio a dicha parte demandada.

Contra esta resolución se podrá interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde la fecha de su notificación, que se interpondrá y sustanciará con arreglo a las prescripciones de la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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