



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS DE MÁLAGA

JUICIO ORDINARIO Nº 821/2014

SENTENCIA

En Málaga, a seis de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos por D^a Isabel Conejo Barranco, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, provincia de Málaga, adscrita al Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga, los autos de Juicio Ordinario registrados con el número 821/2014 (sobre ACCIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULA ABUSIVA Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD), promovidos por _____, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Claudia Lilian Rodríguez Prieto y asistido por la Letrada D^a Magdalena Rico Palao, contra Unicaja Banco S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales _____ y asistida por el Letrado _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora D^a Claudia Lilian Rodríguez Prieto, en nombre y representación de _____, se formuló demanda contra Unicaja Banco S.A, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado se dicte en su día sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Declare la nulidad de la condición general de la contratación, conocida como Clausula Suelo, inserta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria mencionada en el Hecho Primero, que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4,50%, eliminando dicha cláusula con todos los efectos inherentes.

2.- Condene a la entidad demandada a la devolución con carácter retroactivo de las cantidades que se hubieran cobrado de más, en virtud de la cláusula suelo declarada nula, cantidades a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante toda la vida del contrato de préstamo, conforme a la cláusula suelo cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

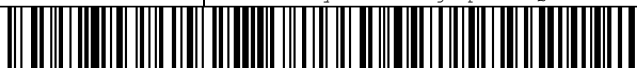
ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

1/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

diferencia con lo que se hubiera debido cobrar, sin la aplicación del suelo del 4,50%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más diferencial pactado en la escritura de préstamo hipotecario mencionada en el Hecho Primero.

3.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días, lo que hizo en el sentido de oponerse, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, solicitando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda presentada contra la demandada con imposición de costas al demandante si así se estimase procede.

TERCERO.- Convocadas las partes a la preceptiva audiencia previa al juicio que señala la Ley se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, realizaron las manifestaciones que tuvieron por conveniente y, finalmente, propusieron como prueba la documental, más documental e interrogatorio de la parte actora, la cual fue admitida. El día señalado para la celebración del juicio se practicó el interrogatorio de la parte actora, y una vez se formularon las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

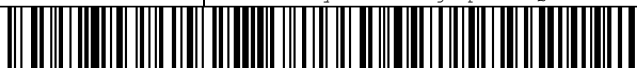
PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita acción de nulidad por posible carácter abusivo de la “cláusula suelo” situada en la escritura pública de modificación de préstamo y ampliación de hipoteca de fecha 3 de marzo de 2010, en la Cláusula Tercera, página 9, con la siguiente redacción: “En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 4,50 por ciento nominal anual”.

SEGUNDO.- Con carácter preliminar, conviene hacer algunas consideraciones de carácter general en torno a la acción ejercitada, que tiene por objeto la nulidad de una cláusula, incorporada a un contrato con consumidores, por su posible carácter abusivo.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores -considerando, entre otras cosas, que los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas en el ámbito del mercado común, sin perjuicio de la posibilidad de los Estados miembros, dentro del respeto de a los Tratados constitutivos, de garantizar una protección más elevada al consumidor- introduce el concepto de cláusulas abusivas en su art. 3, como aquellas *“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”*.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias -en adelante, TRLCU-, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, y asumiendo las funciones de ley nacional de transposición de la Directiva mencionada, prácticamente reproduce el concepto de cláusulas abusivas de la misma en su art. 82.1: *“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada hayan sido objeto de negociación individual no excluye el control de abusividad del resto del contrato, siendo el empresario quien corre con el *onus probandi* de que una determinada cláusula ha sido debidamente negociada (art. 82.2 TRLCU). Añade el apartado 4 de dicho precepto legal que *“En todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o e) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”*. El art. 83, en la parte que persiste tras la modificación efectuada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, establece las consecuencias: *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

Al objeto de determinar las pautas necesarias para verificar si la introducción de una cláusula comporta un *“desequilibrio importante”* para las partes del contrato en

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
 Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

perjuicio del consumidor, interesa reproducir la STJUE de 16 de enero de 2014, recaída en el asunto C-226/12, en sus considerandos 20 a 24:

“20. [...] el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (véase la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, apartado 66 y la jurisprudencia citada).

21. A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

22. Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

23. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

24. En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4) apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz,

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

4/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TERCERO.- Con el fin de aclarar en concepto de las “cláusulas suelo” -como la del caso de autos-, cabe reseñar que los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables. En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año), y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza -las denominadas “cláusulas techo”- y a la baja -las llamadas “cláusulas suelo”-, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario.

Con relación a estas últimas, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

La licitud de este tipo de cláusulas es admitida por la doctrina y la jurisprudencia (resultando paradigmática la STS de 9 de mayo de 2013). Es más, el legislador español ha admitido la legalidad intrínseca de las cláusulas de limitación de los tipos de interés variable. En efecto, la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recoge expresamente en la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la de 29 de octubre de 2011), dirigida a garantizar las obligaciones de transparencia y la difusión de la información relevante que el cliente debe ponderar antes de la contratación de préstamos hipotecarios que incluyan las mencionadas cláusulas. A su vez, el Informe del Banco de España "sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios" publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010 (del cual se hace eco la STS de 9 de mayo de 2013), las califica como cláusulas ventajosas tanto para la entidad bancaria como para el cliente.

En particular, dicho Informe señala que la causa básica del establecimiento de este tipo de cláusulas es mantener un rendimiento mínimo de los préstamos

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

6/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, costes que, según el mismo informe, estarían integrados por: a) el coste del dinero, que en el caso de nuestras entidades está constituido mayoritariamente por recursos minoristas, y, b) los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos. Asimismo, el Informe concluye que estas cláusulas son positivas desde el punto de vista del coste medio para los clientes bancarios del crédito hipotecario a lo largo de la vida del contrato, de la estabilidad del sistema financiero y de la accesibilidad a largo plazo de la población al mercado de la vivienda. Su eventual supresión podría conllevar o bien el descenso del volumen de crédito hipotecario disponible, o bien el aumento del coste del crédito y la reducción del plazo de las operaciones. Por todo ello concluye que estas cláusulas son admisibles como un elemento de estabilización de los costes (desde el punto de vista del cliente) y de los rendimientos (desde la perspectiva de la entidad) de los préstamos a largo plazo.

En cualquier caso, de cara al control de su posible abusividad, ha de tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia, las “cláusulas suelo” se han considerado en la jurisprudencia como cláusulas que afectan al objeto esencial del contrato. En efecto, si se examina el contrato de préstamo hipotecario desde la perspectiva del prestatario se observa que corren a su cargo dos obligaciones o prestaciones esenciales: la restitución del capital prestado y el pago de los intereses pactados, intereses que constituyen el precio del dinero que se presta. Puesto que las “cláusulas suelo” acotan o limitan los intereses que ha de abonar el prestatario, cabe concluir que forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por su préstamo hipotecario (en este sentido, la STS de 9 de mayo de 2013, que se viene citando). Ello tiene la importante consecuencia de que, para considerar abusiva una cláusula de estas características, es imprescindible constatar, conforme a lo expuesto en el fundamento anterior, que no supere el llamado control de transparencia -con los dos tests que a su vez abarca, el control de inclusión y el control de transparencia reforzado-.

CUARTO.- Cabe poner de manifiesto que presupuesto ineludible para examinar el carácter abusivo de una “cláusula suelo” es que la misma debe insertarse en un contrato celebrado con consumidores, y, que, a su vez, no haya sido objeto de negociación, tal y como determina el art. 82.1 TRLCU, cuando exige que la cláusula en cuestión no haya sido objeto de negociación individual.

En cuanto al requisito relativo a la condición de consumidor, debe partirse de que el art. 3 TRLCU dispone que son consumidores o usuarios “*las personas físicas que*

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

7/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, así como “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Este concepto introduce un matiz teleológico –procedente de las Directivas europeas en materia de protección de los consumidores y contenido, en todo caso, en el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CEE-; de este modo, para determinar si una persona ostenta la condición de consumidor o profesional se hace necesario determinar la finalidad del acto en cuestión –relacionado o no a la actividad comercial, empresarial o profesional-. En el caso de autos, no se puso en duda por parte de la demandada la condición de consumidor del demandante, ni ha sido hecho controvertido la condición de consumidor del [redacted], siendo destinatario final de bienes y servicios, como también resulta de la prueba practicada.

Respecto de la segunda cuestión, debe tenerse presente que si la voluntad del consumidor ha influido de alguna manera en la contratación, o en la fijación de la cláusula, no puede considerarse abusivo aquello que el consumidor podía haber configurado de otra manera. En definitiva, se hace necesario determinar si la cláusula impugnada reúne los requisitos necesarios para ser considerada una condición general de la contratación, en el sentido de la Ley 7/1998, de 13 de abril (en adelante, LCGC).

De conformidad con el art. 1 LCGC se entiende por condiciones generales de contratación las cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, 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. Del precepto se desprende que la condición general de la contratación se caracteriza por las siguientes notas fundamentales: a) la predisposición o prerredacción de la cláusula con anterioridad a la fase de negociación y celebración del contrato con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos y; b) imposición, pues la incorporación de las condiciones generales al contrato se produce por iniciativa exclusiva del predisponente frente a la que el adherente sólo puede optar por tomarlas o dejarlas, es decir, por contratar sometiéndose a las condiciones generales preestablecidas o renunciar al contrato. El requisito de la predisposición es consecuencia del hecho de que este tipo de cláusulas se redactan para ser utilizadas en una pluralidad de contratos que se celebren por la misma entidad bancaria -en el caso de las “cláusulas suelo”-, lo que exige que las tenga “preparadas” antes de ofrecérselas a sus futuros clientes. Por ello, no cumplirán con el requisito de la prerredacción las cláusulas redactadas *ad hoc* para ser incorporadas a un único contrato. En cuanto a la imposición, señala la doctrina que las cláusulas prerredactadas son, con carácter general, impuestas, pues cuando un

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
 Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

empresario las utiliza, crea la apariencia de que sólo está dispuesto a contratar sobre la base de las mismas, y, en consecuencia, puede inducir al cliente a pensar que el empresario no está dispuesto a negociarlas.

En el caso particular de las “cláusulas suelo”, según la STS de 9 de mayo de 2013, la prerredacción permite tener por acreditada la ausencia de negociación, puesto que sería inútil predisponer las cláusulas para después poder negociarlas de forma individualizada. Asimismo, el F.D. 7º de la mencionada Sentencia señala que 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. A ello se une que, según el ya citado Informe del Banco de España de 7 de mayo de 2010, la aplicación o no de “cláusulas suelo” obedece a decisiones individuales de cada entidad, tratándose, en general, de una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general por la dirección central de cada entidad y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad de alterar esa característica básica del producto. Aunque en algunos casos sí pueden modificar mínimamente alguna variable del mismo, lo mismo que ocurre con los diferenciales practicados sobre el índice de referencia correspondiente. En definitiva, según el Informe del Banco de España, las cláusulas suelo no son cláusulas negociadas, sino impuestas por la entidad bancaria.

En el caso de autos, la prueba practicada no permite desvirtuar la conclusión alcanzada: esto es, que la cláusula impugnada tiene el carácter de cláusula no negociada.

QUINTO.- Concluido el carácter de condición general de la cláusula impugnada, y resultando pertinente el examen de su posible carácter abusivo: se ha de verificar, en primer lugar y como se ha dicho, el control de incorporación o inclusión de la cláusula. Ya se ha adelantado que, según entiende el Tribunal Supremo, el control de incorporación persigue controlar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente para garantizar que el mismo ha conocido o podido conocer suficientemente que el contrato está regulado por condiciones generales y cuáles son éstas. Como su propia denominación indica, el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta ha quedado válidamente incorporada al contrato.

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
 Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Con carácter general, la superación del control de incorporación exige: 1º) que el consumidor haya tenido oportunidad real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato, entendiéndose que el consumidor tiene oportunidad de conocer cuando, con arreglo al artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, se avisa expresamente al adherente y se le facilita un ejemplar de las mismas, bastando que el consumidor haya estado en condiciones de conocer las condiciones generales, de forma que resulta irrelevante si posteriormente ha conocido o no; 2º) que las condiciones generales sean comprensibles, es decir, que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

En el caso concreto de las cláusulas suelo se ha de tener en cuenta que, con la finalidad de asegurar la máxima transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, nuestro Derecho cuenta con una normativa específica: la ya derogada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios -vigente al tiempo de celebrarse el contrato entre las partes del presente procedimiento y aplicable al mismo-. Según la Exposición de Motivos de dicha Orden -hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios-, la norma tiene como objetivo primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, así como facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Con esta finalidad, se impone a la entidad de crédito la obligación de entregar al prestatario una oferta vinculante, que de acuerdo con el art. 5 se formulará por escrito, y especificará las condiciones financieras del préstamo hipotecario (entre ellas el tipo de interés variable y, en su caso, las limitaciones del tipo de interés). Asimismo, se establece que al aceptar la oferta el prestatario tiene derecho a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del notario autorizante. Por último, el préstamo hipotecario se ha de formalizar en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la citada Sentencia de 9 de mayo de 2013), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la citada Orden Ministerial garantiza la observancia de los requisitos exigidos por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para la incorporación de las cláusulas suelo a los contratos de

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

10/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

préstamo hipotecario.

La necesidad de una cumplida información a los consumidores también alcanza a los casos en que estos devienen prestatarios por vía de subrogación. Puede traerse a colación la SAP Guadalajara, sección 1ª, de 21 de enero de 2016:

“La entidad bancaria no queda exenta de su deber de informar a los mismos pues aunque el contrato inicial no se firmara con el consumidor si no con una promotora, acepta la subrogación y es obvio que la finalidad inicial del préstamo es trasladarlo a los adquirentes de las viviendas. En esta línea se ha pronunciado la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, Sentencia 174/2015 de 29 May. 2015, Rec. 172/2015 al referirse al Control de transparencia en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo con garantía hipotecaria concertado con la promotora . "1.- Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de A Coruña en el sentido propuesto por la recurrente, en las recientes sentencias de 10 de abril de 2015 y 15 de mayo de 2015 en línea con la solución mantenida, entre otras, por las de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección Primera, de 4 y 23 de febrero de 2015 . 2.- El punto de partida debe ser el de la protección eficaz de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios que el artículo 51 de la CE impone a los poderes públicos, y el de la preservación de la eficacia de las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, y de las de la LCGC y de la LGDCU que protegen a los consumidores frente al empresario en el marco de la contratación mediante condiciones generales. Porque no es dudoso que si el banco o entidad financiera prestamista -con quien en virtud de la subrogación del consumidor queda establecida la relación contractual a la que se orientaba el préstamo inicialmente contratado con el promotor- quedara amparado frente a las consecuencias de la inobservancia de los especiales deberes de información mediante los que se trata de preservar el conocimiento y la comprensibilidad real de condiciones generales, puede ocurrir que el consumidor quede vinculado por cláusulas o condiciones abusivas o que impongan un reparto desigual y engañoso de los riesgos con consecuencias económicas y jurídicas que el consumidor no conoció y no pudo valorar en el momento de contratar.

En realidad importa menos a quien incumben los deberes de información en la fase pre-contractual -si a la entidad financiera o al promotor/vendedor- que determinar si el consumidor ha podido acceder, en el caso concreto, a información suficiente acerca de la existencia de la condición general, de su incidencia en su obligación de pago y del juego que tiene o puede llegar a tener en la economía del contrato”.

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

11/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Asimismo, la SAP Valladolid, sección 3ª, de 20 de abril de 2016, precisa que, haya intervenido o no la entidad prestamista en el acto de otorgamiento de la escritura pública en la que se instrumenta la subrogación, *“una vez la entidad financiera acepta la subrogación del adquirente en la posición que en el préstamo hipotecario ocupaba el promotor-vendedor, sí que está obligada a informarlos sobre las condiciones financieras del préstamo en el que se van a subrogar, de acuerdo con lo que impone la Orden de [5 de mayo de 1994]”*. La misma resolución precisa, además, que hay vulneración de las obligaciones de información, sin posibilidad de exoneración de la entidad financiera, cuando no conste *“la inclusión de la obligación del promotor de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos”*, ni tampoco el efectivo suministro de la información expresa y documental de las condiciones financieras vigentes en el préstamo por parte del promotor/vendedor (en la línea de lo previsto en el art. 6.1 4º del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas).

SEXTO.- En el caso de autos, no queda superado el doble control de **incorporación o inclusión en el contrato**, por cuanto la parte demandada no aporta oferta vinculante ni ningún otro documento precontractual que acredite que la parte actora tenía conocimiento de la existencia de límite al interés variable. Por otro lado, en la escritura pública de modificación de préstamo y ampliación de hipoteca de fecha 3 de marzo de 2010, tan solo se hace constar por el Notario de forma genérica en la página 40: *“..que doy fe de que el consentimiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes..”* y sin que exista advertencia notarial expresa de la existencia de límite del interés variable. Por todo lo anterior, resulta incuestionable la omisión de información en relación con la cláusula suelo.

Por otro lado, en lo que respecta a la comprensibilidad de la cláusula, cabe destacar la forma en la que se halla insertada en la documentación contractual, en la Clausula Tercera, página 9, y aunque en negrita *“En ningún caso”*, *“inferior”* y *“4,50”*, al igual que otros datos, en ningún caso se destaca su real importancia como elemento definitorio del precio, sin que se haga mención a sus consecuencias económicas, y entre numerosos apartados y datos. Por ello, no pueden entenderse salvaguardados los parámetros de claridad, concreción y sencillez legalmente exigidos.

Pese a no superarse el control de inclusión, no está de más, a mayor abundamiento, proceder a examinar lo que sucede con **el control de transparencia**

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

12/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

reforzado que, como se ha venido diciendo, implica verificar si la cláusula garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, así como si garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia; en otras palabras, la transparencia pretende asegurar que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

En esta línea, la STS de 23 de diciembre de 2015 señala en su F.D. 4º lo siguiente: “[...] la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo entre el precio y la prestación, es decir, tal como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

En el examen de la transparencia de las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo parte de una premisa fundamental: tales cláusulas contradicen las legítimas expectativas del consumidor, puesto que se insertan en contratos que se ofertan como préstamos a interés variable y, sin embargo, de forma sorprendente para el consumidor, los convierten en préstamos a interés fijo mínimo, impidiendo al adherente beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (F.D. 13º de la STS de 9 de mayo de 2013). El Alto Tribunal identifica la falta de transparencia con la sorpresa que supone para el adherente la inclusión de una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés en un préstamo a interés variable, sin que se le haya informado de ello en la fase de negociación contractual y habiéndose dado a la misma un carácter secundario, a pesar de que, al tratarse de una cláusula que afecta de forma directa al precio, podría haber sido determinante a la hora de contratar.

La eliminación de ese efecto sorpresa no se logra con una redacción clara y comprensible de la cláusula, ni tampoco con el cumplimiento de los requisitos formales previstos en la normativa administrativa, considerados por el Tribunal Supremo, como “extremadamente básicos” y que, en la práctica, se solventan con la entrega de la oferta vinculante – que en este caso ni tan siquiera tuvo lugar y en la advertencia notarial de

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

la inclusión de la cláusula en el momento de la firma del contrato, momento inadecuado para que el adherente se replantee su decisión de contratar. La insuficiencia de estos requisitos formales ha quedado evidenciada con la normativa posterior, la cual ha reforzado extraordinariamente el deber de transparencia.

En este sentido, la vigente Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece en su art. 25 que en el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Asimismo, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, requiere la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés.

Por último, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, exige la inclusión de los límites a la variabilidad del tipo de interés en la ficha europea de información normalizada (FEIN).

En definitiva, la inclusión de la cláusula de forma clara y comprensible y el cumplimiento de la normativa administrativa en materia de transparencia garantiza que el adherente esté en condiciones de conocer la incorporación al contrato de la cláusula, pero no que dicho consumidor esté perfectamente informado de la cláusula en el sentido de que pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que le supondrá dicha inclusión. Por ello, se hace necesario que la entidad bancaria haya destacado su inclusión de tal forma que al cliente no le haya podido pasar desapercibida.

En palabras del TS (Sentencia de 23 de diciembre de 2015), en estos casos se exige una "comunicación reforzada" o "deber de transparencia reforzado" (proporcional a la importancia de la cláusula), dirigido a asegurar que, al contratar el préstamo hipotecario, el adherente tiene un perfecto conocimiento no sólo de que se ha incluido una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, sino que, además, dicha cláusula tiene un carácter principal ya que, en caso de aplicarse, el contrato que se le había ofertado -y se había contratado- a interés variable pasa a convertirse en un

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

contrato a tipo fijo. El TS llega incluso a exigir que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo (F.D. 15º de la STS de 9 de mayo de 2013).

Sentado lo anterior, el TS llega a la conclusión de que, en la totalidad de los casos sometidos a su consideración las entidades bancarias incumplieron ese deber reforzado de transparencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015).

Como circunstancias reveladoras de falta de transparencia en la inclusión de la cláusula, la STS de 9 de mayo de 2013 enumera las siguientes: 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) la ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor; e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, y f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Conforme a lo ya expuesto, en el caso que se viene enjuiciando se constata un claro déficit de transparencia en la cláusula impugnada, y ello en atención a las siguientes circunstancias:

1º) La enunciación de la cláusula y su ubicación desmerece la importancia de su contenido. La cláusula se encuentra en la Clausula Tercera, página 9, y aunque en negrita "En ningún caso", "inferior" y "4,50", al igual que otros datos, en ningún caso se destaca su real importancia como elemento definitorio del precio, sin que se haga mención a sus consecuencias económicas, y entre numerosos apartados y datos. Por ello, no pueden entenderse salvaguardados los parámetros de claridad, concreción y sencillez legalmente exigidos.

2º) No ha quedado acreditado que el consumidor se haya encontrado en condiciones óptimas de comprender la significación económica de la cláusula, lo que se podría haber conseguido, además de con la referida oferta vinculante, a través de

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificarmv2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

15/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

concretas advertencias del riesgo de bajada de los tipos de interés, simulaciones de los distintos escenarios o previsión de evolución de los tipos al menos en el corto o medio plazo, ya que, de una lectura de la escritura queda patente la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

En concordancia con lo anterior, el demandante afirmó en el acto del juicio que el préstamo de fecha 10 de octubre de 2002 fue para la compra de vivienda, y luego en 2010 se hizo otra escritura para ampliar el importe, para cancelación de créditos personales para reunificarlos, que no le informaron de que el interés no bajaría del 4,50 en la escritura de 2010, que en la Notaría se hizo lectura rápida, que no hubo ningún documento previo, que Unicaja no le entregó ningún documento, que no le hicieron simulaciones, que la lectura en Notaría no fue de todo, y que en ese momento firmó papeles pero no sabe lo que eran.

Así pues, debe concluirse que la cláusula suelo recogida en la escritura de préstamo hipotecario, no supera el doble control de transparencia establecido en la doctrina Jurisprudencial.

SÉPTIMO.- Concluida la no transparencia de la cláusula, se debe declarar su carácter abusivo, de acuerdo con el art. 82 TRLCU y en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de marzo y de 23 de diciembre de 2015), toda vez que la falta de transparencia produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor al privarle o dificultarle la comparación del coste de los créditos ofertados en el mercado por las distintas entidades bancarias, así como de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato y porque pueden inducir a error al consumidor en cuanto al precio del contrato, y llevarle a adoptar una decisión irracional -en concreto, elegir una oferta cuyo diferencial es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior que otra oferta del mercado a tipo variable puro con un diferencial superior, al aprovecharse de las bajadas en el tipo de referencia durante toda la vida del contrato-.

El carácter abusivo de la cláusula suelo comporta, a su vez, la nulidad, de acuerdo con el art. 83 TRLCU, de modo que la misma se tendrá por no puesta. En efecto, lo que procede con carácter general es la inaplicación de la cláusula, prescindiendo de su contenido en la ejecución del contrato, con independencia de que se haya solicitado así o no por el consumidor, según declara la STJUE de 14 de junio de 2012, as. Banesto c. Calderón, a cuyo tenor *"si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha*

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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".

Así pues, debe declararse nula la cláusula suelo recogida en la escritura de préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento, por reunir los requisitos examinados para apreciar su abusividad, y asimismo deberá tenerse por no puesta tal estipulación.

OCTAVO.- La nulidad apreciada, radical o absoluta, lleva de suyo la obligación de restitución de las prestaciones recibidas en virtud de la obligación anulada, conforme al art. 1303 CC, a cuyo tenor "*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*". Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 de marzo, de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique.

Sobre la retroactividad total de estos efectos y sobre la posibilidad de limitar dicha retroactividad en el tiempo, tal y como se efectuaba en Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, se ha pronunciado de forma reciente el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 21 de Diciembre de 2016 de la Gran Sala recaída en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada (C-154/15, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), al señalar en su fundamento nº 52 que "*Así pues, y en la medida en que los órganos jurisdiccionales remitentes hacen referencia a la sentencia de 9 de mayo de 2013, que limitó el efecto restitutorio de la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo, procede examinar si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de este tipo.*"

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01	FECHA	07/05/2019
	ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Y para dilucidar dicha cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se expresa de forma absolutamente clara en los fundamentos 60 a 76 de la referida Sentencia, en el modo que sigue:

“60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, 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.

62 De lo anterior 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.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

18/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial—, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13.

66 Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.

67 En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración —especialmente el derecho del consumidor a la restitución— quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.

68 A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.

69 Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009,

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

19/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).

70 No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

71 Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.

72 Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

73 De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

20/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

74 *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278.”*

Por tanto, y a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, por la que como ya se ha expresado, la limitación de la retroactividad de los efectos restitutorios derivados *ex lege* del art. 1303 del Código Civil, no es acorde ni compatible con el Derecho de la Unión Europea, especialmente en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios, procede efectuar en la presente resolución una desvinculación en relación a la Doctrina del Tribunal Supremo establecida en Sentencia de 9 de mayo de 2013, y todas las demás en las que éste es citada, y declarar la retroactividad total, desde el inicio del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los litigantes, de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo, máxime cuando en fecha 24 de febrero de 2017 se ha dictado sentencia por el Tribunal Supremo, Sala Primera, de la que resulta la adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo.

La argumentación expuesta conduce a la estimación de la pretensión principal deducida en la demanda, con declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de limitación del interés variable impugnada -en lo que es perjudicial para el consumidor, esto es, en la fijación del “suelo”-, y, con el oportuno efecto restitutorio, que afecta al exceso de intereses ordinarios indebidamente cobrados por aplicación de la cláusula nula, desde la firma del préstamo hipotecario hasta la efectiva supresión de la cláusula.

A mayor abundamiento, no corresponde a la parte actora calcular el importe de la reclamación, habida cuenta que la acción ejercitada es declarativa de nulidad, en la que la cuantía del procedimiento es indeterminada, y dicha acción declarativa lleva consigo la condena a la parte demandada a que sea ésta quien elimine la cláusula suelo, y calcule las cuotas del préstamo hipotecario como si la cláusula suelo nunca hubiera existido y a la devolución del exceso íntegro de las cuotas hipotecarias que se hayan

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

21/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

abonado por la parte actora.

Finalmente, cabe decir que aunque la parte actora ha efectuado el cálculo de la cantidad a devolver hasta mayo de 2014 (3.935 euros), en escrito presentado en fecha 30 de mayo de 2014, en virtud del requerimiento efectuado mediante diligencia de ordenación de 19 de mayo de 2014, lo cierto es que en el acto de la audiencia previa no se solicitó por la parte actora que se incluyese dicha cantidad concreta en el suplico de la demanda, por lo que la estimación de las pretensiones de la demandante deben efectuarse en los estrictos términos solicitados, y es por ello que resulta intrascendente la cuestión planteada por la parte demandada en el escrito de contestación, en cuanto a que no está conforme con el cálculo de la cantidad de devolver que ha realizado la contraparte, además de que Unicaja tampoco ha practicado prueba testifical-pericial o pericial, en su caso, para desvirtuar la cuantía que calculó la parte actora en el mencionado escrito.

NOVENO.- De conformidad con el art. 394 LEC, al haberse estimado íntegramente la demanda, procede la imposición de costas a la parte demandada.

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

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procuradora D^a Claudia Lilian Rodríguez Prieto, en nombre y representación de
, contra UNICAJA BANCO S.A, y en consecuencia:

Debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación, conocida como Clausula Suelo, inserta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria mencionada en el Hecho Primero (de fecha 3 de marzo de 2010), que establece el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 4,50%, eliminando dicha cláusula con todos los efectos inherentes.

Debo condenar y condeno a la entidad demandada a la devolución con carácter retroactivo de las cantidades que se hubieran cobrado de más, en virtud de la cláusula suelo declarada nula, cantidades a determinar en ejecución de sentencia, sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante toda la vida del contrato de préstamo, conforme a la cláusula suelo cuya vigencia se mantiene hasta una sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar, sin la aplicación del suelo del 4,50%, conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más diferencial

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

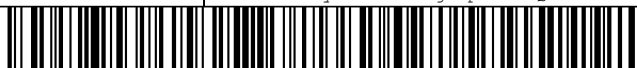
ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

22/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

pactado en la escritura de préstamo hipotecario mencionada en el Hecho Primero.

Con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe formular, ante este Juzgado, recurso de apelación, que se interpondrá en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación, conforme disponen los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A tal efecto, póngase en conocimiento de las partes que para la interposición, en su caso, del recurso de apelación contra la presente resolución, habrán de constituir con anterioridad a la presentación del escrito correspondiente, un depósito por la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, bajo sanción de inadmisión a trámite del mismo.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a la causa de su razón, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION. Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrada-Juez que la ha dictado en audiencia pública. Doy fe.

Código Seguro de verificación: ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

ISABEL CONEJO BARRANCO 06/05/2019 12:08:01

FECHA

07/05/2019

ANA ISABEL DEL POZO AGUILAR 07/05/2019 11:50:18

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==

PÁGINA

23/23



ZDy4ca4b47fAgeZpMF4DSQ==