



**SENTENCIA 728/2020**

En Huelva a 10 de Noviembre de 2020

Vistas por mí, [REDACTED] Magistrada-Juez en funciones de refuerzo, del Juzgado de Primera Instancia Número Seis Bis de Huelva y su partido judicial, las presentes actuaciones registradas bajo el número 1064/2018, iniciadas a instancia del Procurador D.ª [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] frente a la entidad UNICAJA BANCO, S.A., sobre JUICIO ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD Y CORRELATIVA RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, he dictado Sentencia en nombre de S.M. EL REY, con los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Procurador D.ª [REDACTED] en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] se formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio acumulado de acción de declaración de nulidad y consiguiente reclamación de cantidad frente a la entidad UNICAJA BANCO, S.A., solicitando se dictara sentencia estimatoria condenando a la demandada en los términos contemplados en el suplico del escrito iniciador de la misma.

**SEGUNDO.-** Por Decreto se admitió a trámite la demanda, emplazando a la parte demandada a contestar en el término de veinte días hábiles al escrito iniciador de la litis.

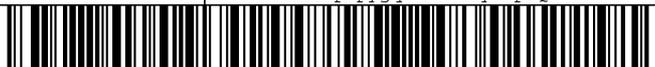
**TERCERO.-** Por el Procurador D. [REDACTED] en nombre y representación de UNICAJA BANCO, S.A., se presentó escrito de contestación a la demanda en los términos obrantes en autos.

**CUARTO.-** Convocada la Audiencia Previa, en la fecha señalada



Código Seguro de verificación:mLpPwpygq0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/31



mLpPwpygq0ssB0rzyshpJQ==



comparecieron las partes legítimamente representadas y defendidas. Abierto el acto, y suscitándose como cuestiones procesales la carencia de objeto, -la cual fue diferida en su resolución al trámite de sentencia-, así como la impugnación de la indeterminación de la cuantía, -desestimada en la forma que obra en soporte audiovisual-, seguidamente se procedió a la fijación de hechos controvertidos y la proposición de prueba, admitiéndose la que se tuvo por pertinente, fijándose para la celebración del juicio el día 5 de noviembre de 2020.

**QUINTO.-** El día señalado comparecieron ambas partes legítimamente representadas y defendidas. Abierto el acto y recibido el procedimiento a prueba, seguidamente quedaron los autos para dictar sentencia una vez finalizado el preceptivo trámite de conclusiones.

**SEXTO.-** En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO: Términos de la reclamación.**

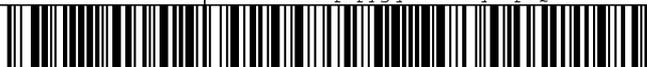
Por la parte actora se ejercita acción de nulidad de condición general al amparo de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y paralela reclamación de cantidad relativa a la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 01/03/06, así como declaración de nulidad de la cláusula reguladora del interés de demora incorporada al referido contrato, alegando, en esencia, que las cláusulas denunciadas y dispuestas en el préstamo hipotecario otorgado por la entidad demandada, se configurarían como una condición general de la contratación, que la parte actora es consumidor, y que en las mismas se aprecia ausencia de claridad y transparencia siendo cláusulas abusivas no negociadas entre las partes y que adolecen de falta de reciprocidad.

Así las cosas, la parte actora suscribió con la entidad demandada un préstamo con garantía hipotecaria donde se recogían expresamente las cláusulas referidas, aduciendo la



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[Redacted] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[Redacted] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



parte actora su condición de consumidor, así como la desinformación previa del contenido, alcance y consecuencias de dichas cláusulas estipuladas en el contrato celebrado, siendo desconocedora del funcionamiento de las mismas, a la vez que denunciando su inclusión sin que fueran objeto de previa negociación, sino que se trató de condiciones impuestas por la entidad demandada, estando incluidas en el contrato y sin que el consumidor tuviera más opción que la de adherirse o no, sin que hubiera existido negociación individual sobre tales extremos. Siendo consecuencia de todo ello la producción de un perjuicio patrimonial y generación de una situación de desequilibrio en la parte demandante, insta dicha parte procesal la declaración de nulidad de las referidas cláusulas sobre la base de su abusividad, así como la reclamación económica inherente a dicha declaración en lo referente a la cláusula suelo, en los términos contenidos en el suplico de la demanda, todo ello junto al interés legal devengado y las costas procesales causadas.

Por la entidad demandada se formuló oposición a las pretensiones de la demandante, excepcionando la carencia de objeto de la parte actora en el presente proceso tras la supresión del límite suelo por acuerdo de las partes alcanzado en 2015, no estando vigente al momento de la interposición de la demanda, discrepando igualmente de la naturaleza consumidora de la parte prestataria, así como alegando no obstante que las cláusulas fueron negociadas entre las partes recogiendo de forma clara y precisa los términos relativos a las mismas, y de las cuales tenía pleno conocimiento la parte actora; aduciendo igualmente que el lenguaje utilizado fue plenamente comprensible para cualquier consumidor que no tuviera conocimientos económicos o financieros, e instando la desestimación de la demanda en tal aspecto derivada de la licitud del contenido contractual del clausulado ahora impugnado.

**SEGUNDO.- Carencia de objeto.**

Como cuestión previa, y en atención a la manifestación de la demandada sobre la concurrencia de la excepción de carencia de objeto, hemos de acudir a la documental unida a autos, especialmente la escritura de préstamo hipotecario (doc. nº 1 de la demanda) y el acuerdo de fecha 01/07/15 acreditativo de la supresión del límite suelo (doc.nº 5 de la demanda), de los cuales se infiere la legitimación activa de la parte actora para instar la presente reclamación, en



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/31
 mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==			



cuanto a prestataria que habría de soportar los efectos del clausulado dispuesto en la escritura de préstamo, así como la subsistencia del objeto ahora articulado en el presente procedimiento, pues si bien es cierto que por parte de la entidad demandada se procedió a la "eliminación/supresión" tras el pacto novatorio de 2015, de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo, también lo es que del documento nº 5 de la demanda no se infiere que la cláusula suelo hubiera sido "anulada", sino meramente eliminada, subsistiendo el interés de la parte actora a obtener una declaración de nulidad definitiva e irrevocable, que impidiera en el futuro resucitar una estipulación ciertamente suprimida, pero no anulada. Es por ello que, considerándose no satisfecho extrajudicialmente el contenido esencial de la pretensión anulatoria ejercitada, ha lugar a la desestimación de la excepción procesal en tal sentido instada.

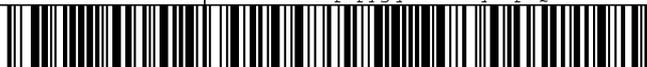
**TERCERO.- Condición de consumidor.**

En este tipo de procedimientos la cuestión nuclear subyace al gravamen probatorio consagrado en los números 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca, y a la demandada los hechos extintivos o impeditivos; ello sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria -(artículo 217.7 LEC)-, es quien está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente. Más en el presente caso, la celebración entre las partes de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria formalizado en escritura pública y su posterior modificación, está plenamente acreditado por la prueba documental practicada por las partes, copia de la escritura pública (Doc. nº 1 de la demanda), no siendo tal hecho controvertido por los



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



litigantes y por ello exento de prueba (artículos 405 y 281.3 de la LEC).

Las mismas circunstancias deben predicarse de la condición de consumidor de la parte actora, pese a la manifestación formulada por la demandada en su contestación, por cuanto la propia escritura de préstamo unida al expediente como documental nº 1 de la demanda, advierte que la finca hipotecada fue adquirida en escritura de protocolo precedente, el mismo día y ante el mismo Notario, estando situada en la Avenida [REDACTED] de Huelva, resultando ser la vivienda habitual de la parte actora por cuanto se constituye el préstamo sobre el inmueble sito en la misma dirección que aparece como domicilio en la propia escritura de préstamo y en el apoderamiento apud acta otorgado por razón de los presentes autos en 2019; razón por la cual se consideran concurrentes elementos de prueba bastantes para considerar el préstamo un acto de consumo destinado a la adquisición de la actual vivienda habitual de la parte demandante, y a la demandante receptora de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, habiéndose limitado la parte demandada a poner en duda tal circunstancia acreditada, sin el mayor esfuerzo probatorio para enervar el resultado de la documental obrante en autos (217 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

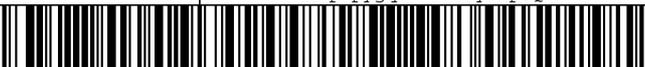
Conforme al artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que regula el concepto general de consumidor y de usuario: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma 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"; y atendiendo a la prueba meramente documental practicada en el presente procedimiento, de su análisis debe concluirse teniendo por acreditada la condición de consumidor de la parte actora.

**CUARTO.- Naturaleza jurídica de las cláusulas litigiosas.**

En el supuesto de autos, se insta por la parte actora una declaración de nulidad de la cláusula suelo y la



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/31
 mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==			



cláusula reguladora del interés moratorio. Más, por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las referidas cláusulas cuya nulidad se pretende, se debe concluir que se trata de una condición general de la contratación. Y ello es así puesto que, el artículo 1 LCGC establece que: "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos", siendo este precepto transposición al derecho nacional de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por su parte el Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

"a) *Contractualidad*: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) *Predisposición*: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) *Imposición*: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) *Generalidad*: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse."



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==	PÁGINA 6/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



Señalando por último esta misma Sentencia que para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante, a tenor de la referida sentencia: "la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias", "que el adherente sea un profesional o un consumidor" (razonamiento jurídico 138) y "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores" (razonamiento jurídico 178); concluyendo dicha Sentencia (apartado 144), que el hecho de que las condiciones 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 estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario (apartado 165). En el mismo apartado también expone que 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. 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.

En el supuesto de autos no se plantea discusión por parte de la entidad demandada respecto al hecho de que la denominada "cláusula suelo" objeto de la presente litis haya sido prerredactada por la entidad bancaria, o que la misma estaba destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, en consecuencia, ha de sostenerse que la misma es una condición general de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente, siendo de



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/31
 mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==			



aplicación "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual", de conformidad con el artículo 9 LCGC.

**QUINTO.- Efectos predicables de la firma del pacto de fecha 01/07/15, de supresión de la cláusula suelo.**

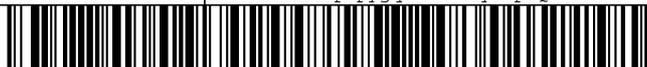
Por la entidad demandada se formula oposición a los pedimentos de la parte actora alegando la transacción habida entre las partes sobre la controversia objeto de autos, con motivo de la firma del acuerdo de fecha 01/07/15, en la cual se eliminaba la cláusula suelo cuya nulidad se pretende, suponiendo tal negocio jurídico a juicio de la parte demandada, la convalidación del clausulado que ahora se impugna, ello de conformidad con la doctrina emanada del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 11 de abril de 2018. Ahora bien, y partiendo de lo anterior, debe aclararse en primer lugar que el documento nº 5 de la demanda ("pacto de 2015"), no constituye una "transacción" en los términos aducidos por la demandada, ni una "convalidación de la cláusula suelo" hasta el momento aplicada, sino que tan solo puede erigirse como una "novación" o "modificación/supresión" del índice suelo, sin mayor trascendencia negocial, tal y como puede inferirse del contenido del referido documento, en el cual se suprime en adelante la cláusula de limitación mínima del interés mediante un texto predeterminado por la entidad, todo ello unido a una imposición de un nuevo tipo fijo de 2,25% aplicable durante la vigencia temporal fijada en el documento.

En tal sentido la STS de 11 de abril de 2018 aparece referida a un supuesto diferente, caracterizado por la firma y negociación de un pacto de renuncia al ejercicio de acciones judiciales, tomando por definitivo y asumido el marco contractual expresamente convalidado y consentido por la firma de dicha transacción ("*Los dos contratos privados de 28 de enero de 2014, al margen de su denominación (contrato de novación modificativa del préstamo...), en lo que ahora interesa contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha». Propiamente, ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento*



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el animus de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación. De tal forma que, por lo expuesto, ambos contratos autodenominados «novación modificativa», en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez.

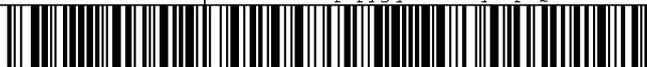
5. Es cierto que en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, entendimos que el art. 1208 CC «determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». Pero además de que esta no fue la razón principal de la decisión, tal afirmación requiere alguna matización, sobre todo cuando la novación forma parte de la transacción. La sentencia 558/2017, de 16 de octubre, trataba de un caso en que con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, a instancia del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había accedido a rebajar el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción. En ese caso entendimos que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y



Código Seguro de verificación:mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		

ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==	PÁGINA	9/31
-----------	---------------------------	--------------------------	--------	------



mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==



como razón adicional, añadimos que al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del art. 1208 CC, que vedaría la novación modificativa de la cláusula. Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción".

Luego al supuesto de autos resultaría aplicable, no la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de abril de 2018, - por tratarse de supuesto de hecho distinto en el que expresamente se advertía por las partes el deseo de confirmar lo acontecido y eludir un futuro procedimiento judicial-, sino la establecida en la Sentencia 558/2017, de fecha 16/10/17, en cuyo fundamento jurídico sexto se establece que "SEXTO.-Decisión del tribunal. La falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta por tener carácter abusivo. No es posible su convalidación. (...) En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, declaramos: «No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.» Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.» Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses».



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/31



mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==



3.-Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

4.-Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor (...)

5.-Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan). 6.-La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. 7.-El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil, en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.-Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que ésta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==	PÁGINA 11/31
 mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==			



9.-En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación”.

Pero a mayor abundamiento, en el supuesto de autos no consta acreditado por la parte demandada, que la firma del referido pacto fechado en 2015 se articulara estando precedida de negociación/información que le hiciera comprender el sentido del documento, habiendo suscrito el mismo desconociendo absolutamente cualquier consecuencia, repercusión o coste económico de dicha actuación, por cuanto en ningún momento se le informó de la posibilidad de recibir cantidades abonadas en aplicación de la cláusula que se suprimía, ni se le mostró simulación alguna con tales cálculos, e inclusive, tal y como se adviera de la documental nº 5 de la demanda, procediendo la entidad a suprimir el límite suelo imponiendo automáticamente un tipo fijo de interés del 2,250% aplicable entre el 02/06/15 y el 02/03/18, circunstancia ésta que lejos de reportar al prestatario ventaja alguna, corroboraría el déficit informativo del firmante por cuanto asumió unas condiciones en 2015 que lejos de suponerle un beneficio, le imponían un tipo fijo temporal, sin reconocerle el derecho a la percepción de las cantidades que habrían de pertenecerle como consecuencia de la aplicación del límite suelo desde la fecha inicial de la escritura de préstamo del año 2006. Y en tal sentido resultaría de aplicación la doctrina fijada por la **Sentencia de la AP de Huelva en el recurso de apelación 461/19, de 13 de septiembre de 2019**, en el seno del Procedimiento ordinario 469/17 de este Juzgado, en cuyo fundamento jurídico tercero se dispone que “No existe prueba de que se proporcionara información sobre renuncia de acciones. Siendo exigible la misma transparencia para la modificación que para el establecimiento inicial, el caso



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==	PÁGINA 12/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



ahora contemplado es idéntico al de nuestra sentencia de 7 de mayo de 2018 (anterior a la apelada) y las 21 de febrero y 20 de mayo de 2019 (recursos 1023/2018 y 152/2019), donde expresamos que resulta el documento completamente insuficiente para considerar que quien lo firmó hizo tal solicitud ratificando con ello el pleno conocimiento que tuvo, no tanto de las condiciones en que venía desarrollándose su relación continua con el banco prestamista, sino de los datos que antes de alcanzar el primer acuerdo, es decir antes de formalizar el préstamo inicial, hubo de proporcionar el banco, y tampoco podemos concluir que en contrapartida a la futura supresión del mínimo transigiera el cliente renunciando a reclamar la nulidad de la cláusula inicial. No es que la modificación del interés sea nula como pide el actor, sino que no produce efectos respecto a la validez o no de la cláusula inicial".

Luego partiendo de la doctrina expuesta, y en atención a la imposibilidad de convalidar el acto nulo, unido a la falta de acreditación por la demandada de la información y conocimiento pleno de la parte demandante para admitir la sanación de lo inicialmente estipulado en el contrato de préstamo, es por lo que no ha lugar a estimar la pretensión en tal sentido formulada por la parte demandada, dado que ningún efecto liberador habrá de tener la novación modificativa llevada a cabo en 2015, por cuanto el vicio del consentimiento concurrente en la parte prestataria al momento de su asunción, inhabilitaría a otorgar cualquier validez a un pacto suscrito en las referidas condiciones de desconocimiento y desinformación-, no pudiendo además acogerse en modo alguno la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en Sentencia 660/19, de 11 de diciembre, por venir referida a una coyuntura y supuesto radicalmente opuesto al particularmente acontecido en autos.

**SEXTO.-Control de transparencia.**

Como se expuso anteriormente, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 13 de mayo de 2013, que las cláusulas suelo son en principio lícitas, siempre y cuando su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos que conllevaría. Así, corresponde a la libre iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[Redacted] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[Redacted] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/31
 mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==			



dinero y diseñar la oferta comercial que estime oportuna, pero siempre que comunique de forma clara, comprensible y destacada cuál es ésta, de forma que el cliente debe poder ser consciente del efecto de esa cláusula al efectuar su opción de entre los diversos productos que se le ofertan en el mercado. Ahora bien, declarada su naturaleza de condición general, tal y como destaca el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo: "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida" (artículo 4.2). En consecuencia, no cabe apreciar la abusividad de la cláusula sobre la base de la falta de equilibrio de las prestaciones derivada de la misma, lo que impide que sea posible declarar su nulidad por falta de reciprocidad, pero si someterla a un doble control de transparencia.

**A).**.- Así, un primer control relativo al **modo de inclusión en el contrato**, que afecta a todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes, y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a los contratos y que, esencialmente y según los casos, se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2.011, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva nº2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial. En cuanto al control de inclusión la Directiva 93/13 indica (considerando vigésimo), que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que éstas (artículo 5) deben estar redactadas de forma clara y comprensible. El artículo 4.2 de la Directiva indica que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible. En la normativa interna, las Condiciones Generales de la Contratación pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5. LCGC, que establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción, y sencillez, y en



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==	PÁGINA 14/31
 mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==			



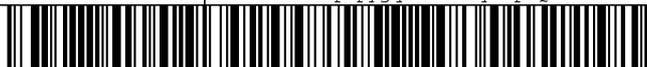
concreto, el art. 7, que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones en que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, tampoco las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 -(que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores)- que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por el artículo 7 de la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, lo que en definitiva supone el cumplimiento del control o filtro de inclusión.

En el presente supuesto no ha acreditado la parte demandada haber facilitado folleto informativo porque el aportado con la contestación no se encuentra firmado en prueba de su entrega efectiva a la persona prestataria, ni haber realizado oferta vinculante a la parte actora, -por cuanto no consta unida como documental de la contestación a la demanda oferta vinculante firmada por la actora aceptando las condiciones en ella dispuestas-, y ningún indicio probatorio de su realidad, contenido, extensión y regulación se aporta al procedimiento, susceptible de valoración de transparencia-; no consta haber dado trámite de examen de la escritura de préstamo o habersele efectuado advertencias, disposición de escenarios posibles que detallaran con exhaustividad los efectos, extensión y consecuencias de la inclusión de la cláusula suelo en el préstamo, no habiéndose acreditado igualmente que en la Notaría se realizaran más actuaciones que la mera lectura de la escritura, dado que ninguna documental que corrobore tales actuaciones en dichos términos se aporta, habiendo manifestado inclusive en el acto del juicio la parte prestataria, que se le informó del



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



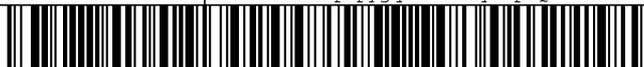
capital del préstamo y del plazo y cuota de devolución, siendo el interés variable, pero que en ningún momento se le indicó que dicho interés tendría un límite mínimo que habría de asumir con la firma del préstamo, sin que por parte de la entidad se asumiera por tal motivo, la obligación de constatar el control de incorporación y de transparencia respecto de ambos prestatarios.

**B).**- Ahora bien, cuando las condiciones generales estén incluidas en contratos con consumidores es necesario además que superen el **control de transparencia**. Y en cuanto a la procedencia de realizar un control de transparencia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de Pleno nº 138/15 de 24 de Marzo, en el fundamento de derecho Tercero, establece que: *"Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las números 834/09 de 22 de Diciembre, 375/10 de 17 de Junio, 401/10 de 1 de Julio y 842/11 de 25 de Noviembre, que se perfila con mayor claridad en las números 406/12 de 18 de Junio, 827/12 de 15 de Enero de 2013, 820/12 de 17 de Enero de 2013, 822/12 de 18 de Enero de 2013, 221/13 de 11 de Abril, 628/113 de 18 de Noviembre y 222/14 de 30 de Junio. Y en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo" puede citarse tanto la referida sentencia número 241/13 de 9 de Mayo, como la posterior sentencia 464/14 de 8 de Septiembre".* Continúa indicando la referida sentencia, con mención a la 241/13 de 9 de Mayo, -que reitera lo indicado en la 406/12 de 18 de Junio- y en consonancia con el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 de Abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que "el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las contraprestaciones que identifica el objeto principal del contrato...sino que el doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, que permita posibilitar el conocimiento real de su contenido por una redacción comprensible, y que además no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Concluye indicando que "por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca suprepticamente una alteración no del equilibrio entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez, sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

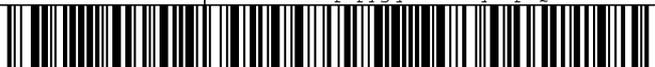
Como señala el artículo 80.1 TRLCU "(e)n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)-;b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE, el control de transparencia, -como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error propio o error/vicio cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato-, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Es decir: a) 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; b) 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".

En la Sentencia nº 138/15 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 138/15 de 24 de Marzo, se resalta



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[Redacted] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[Redacted] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



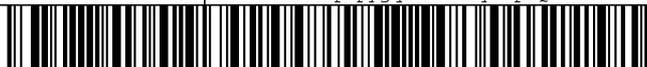
que "5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo». Esta doctrina ha sido reiterada en la STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)»."

Este segundo control, limitado a los supuestos en los que el contratante es un consumidor, que se extiende a la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, se desprende del tenor literal del artículo 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre(en adelante TRLGDCU), a tenor del cual: "en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] -; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Siendo este segundo control el desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo que, tras indicar en el Razonamiento Jurídico 211 que: "es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", señala en el Razonamiento Jurídico 225 los siguientes elementos indiciariamente reveladores de la falta de transparencia:

"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 entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."

Aclarando el Tribunal Supremo mediante Auto de fecha 3 de junio de 2.013 que: "no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



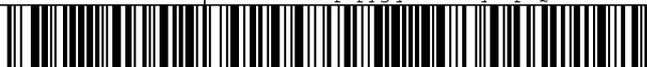
que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo". Lo que debe ponerse en relación con la afirmación de que "el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios". Y de nuevo el Tribunal Supremo en su Sentencia de Pleno, 138/15 de 24 de Marzo reitera la necesidad de establecer el control de transparencia, y así indica: "Finalmente, para que una cláusula no negociada sea abusiva es necesario que sea contraria a la buena fe y suponga un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor".

El artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13 dispone que "(l)as 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". A su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que "(s)e 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". Pues bien, las "cláusula suelo" son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. Por tanto, la cláusula suelo será abusiva cuando suponga un desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos. Así lo dispone expresamente la sentencia de pleno referida: "263. Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusula suelo



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==

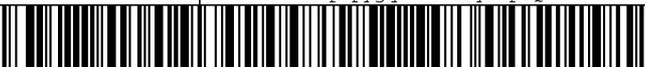


*carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto". Debiendo tomarse como referencia para hacer ese control de abusividad tanto el momento de celebración del contrato como las circunstancias concurrentes y demás cláusula del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva "(...) el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará (...) considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusula del contrato, o de otro contrato del que dependa" (l), y el artículo 82.3 TRLCU "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará (...) considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa". Y también debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusula contractuales, así lo impone el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 según el cual "(l)a naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales", y el tenor del art. 4.1 "(s)in perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean o cláusula objeto del contrato (...)" y también el artículo 82.3 TRLCU dispone que "(e)l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato (...). Y este desequilibrio puede darse incluso en contratos que no contienen obligaciones recíprocas como es el préstamo".*

En el supuesto de autos, la parte actora denuncia la falta de transparencia por información insuficiente provocando un vicio en el consentimiento del consumidor derivada de la ausencia de negociación, debiendo tenerse en cuenta que el contrato de préstamo firmado por las partes contenía una cláusula suelo, con respecto a la cual no se ha acreditado que cumpliera con los requisitos exigidos para su validez, y así en primer lugar no se ha acreditado haber entregado folleto informativo y oferta vinculante con los requisitos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia al demandante, ni se ha acreditado que se realizara simulación de escenarios diversos ni que se informa a la parte actora de las ventajas de optar por otros productos, ni que ésta comprendiera realmente el mecanismo financiero y bancario del producto asumido, correspondiendo el gravamen probatorio de dicha información/negociación a la entidad demandada, sin



Código Seguro de verificación:mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	21/31
 mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==			



que tal acreditación se aporte al procedimiento, subsistiendo por ende tales extremos todos ellos huérfanos de prueba; lo que nos lleva a considerar que por parte de la entidad bancaria no se cumplió con las exigencias mínimas de información y negociación, adoleciendo el negocio así constituido, de un evidente y manifiesto vicio en los términos jurisprudencialmente establecidos.

De este modo, es en la escritura cuando se introduce la cláusula suelo, sin que con respecto a la misma haya acreditado la parte demandada, como le compete, que haya existido negociación individual para su inclusión, ni que la referida cláusula supere el control de transparencia en los términos exigidos por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la matización efectuada por el referido Tribunal en su Sentencia de Marzo de 2015 en cuanto a lo que debe entenderse por comprensión gramatical de la referida cláusula, sin que conste acreditado por parte de la entidad bancaria que en ese momento se lleva a cabo la información precisa para que el actor pueda tener conocimiento del significado de la cláusula "no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de aplicación de la cláusula, de forma que el consumidor pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo". Igualmente y respecto a la ya referida intervención del Notario y la información que el mismo debe suministrar al consumidor, debe tenerse en cuenta que el derecho de información va más allá de la lectura por el Notario de la escritura pública, pues como indica la sentencia de la AP de Jaén de 19 y 25 de febrero de 2015, la lectura de la misma por el Notario no suple en ningún caso el deber de información que debe correr a cargo de la entidad bancaria, siguiendo de ésta forma la doctrina del TS (8 septiembre 2014) "la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contrato de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de éste especial deber de transparencia." En el mismo sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de Junio de 2015.

Por todo ello, y con respecto al supuesto enjuiciado en el presente caso cabe concluir que no cumple el primero de los controles de transparencia a que se refiere la doctrina



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/31
 mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==			



del Tribunal Supremo dimanante de las resoluciones citadas ni se ha cumplido con el segundo nivel de control relativo a la comprensibilidad por el consumidor del alcance jurídico y económico de la misma. De conformidad con lo indicado procede estimar la demanda en este punto, y declarar la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en la escritura pública del contrato celebrado entre las partes y autorizado por Notario en fecha 01/03/06.

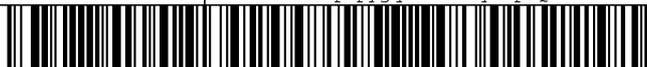
**SÉPTIMO.-** No obstante, y en todo caso, la nulidad de la cláusula no comporta la nulidad del contrato en su integridad por aplicación de los artículos 12 LCGC, 83 TRLGDCU y 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, porque, aún cuando la denominada cláusula suelo participe de la definición del objeto del contrato en cuanto que lo limita para determinados supuestos, ello no comporta que forme parte esencial del mismo, habida cuenta de que el préstamo es un contrato esencialmente gratuito del que no se derivan intereses salvo que expresamente se pacte, conforme a los artículos 1.740 y 1.755 del Código Civil(en adelante CC). En consecuencia, en todo caso procede declarar la subsistencia del resto del contrato, en cumplimiento del mandato del artículo 10.2 LCGC, sin que sea posible la restitución, integración o moderación de la cláusula declarada nula, por ser contraria esta posibilidad al Derecho de la Unión, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2.012. En este sentido concluye la STS 138/15 que: *"En nuestro ordenamiento, la declaración de nulidad de una cláusula por abusividad es una nulidad parcial (art. 9.2 LCGC, art. 10 bis LCU y 83.2 TRLCU) de manera que la misma debe ser eliminada quedando subsistente el contrato, sin que exista posibilidad de integración tras la doctrina contenida en STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de febrero de 2013"*.

A continuación analiza la indicada resolución el efecto de la nulidad consistente en la restitución de las prestaciones habidas sobre la base de dicha cláusula nula, desde la fecha del contrato, lo que implica en este caso la devolución por la entidad bancaria de las cantidades cobradas de más como intereses por aplicación de la referida cláusula. Más este efecto que deriva de la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, no se acoge en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 por *"razones excepcionales de seguridad jurídica y de orden público económico al tratarse de una acción colectiva contra varias entidades bancarias"*



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	23/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



para que eliminen las cláusula suelo de sus préstamos y dejen de aplicarlas en el futuro, de manera que si tuvieran que revisar todos los contratos ya firmados y devolver lo ya cobrado se les causaría un gran perjuicio económico". Más antes de aplicar y razonar ese criterio excepcional si declara que la regla general es la retroactividad, para a continuación limitar la retroactividad por razones de seguridad jurídica y concluir declarando la irretroactividad de la nulidad declarada. Ahora bien, y no obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial expuesta se ha visto modificada por virtud de la **Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016**, en la cual se determina:

- "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.

- 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.



Código Seguro de verificación:mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/31



mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==



-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).

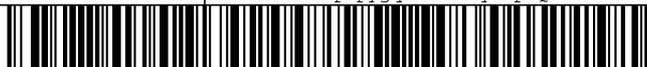
-74 En tales circunstancias, dado que **para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio 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.**

-75 De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter



Código Seguro de verificación:mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	25/31



mLPpWpygq0ssB0rzyshpJQ==



abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Por todo ello, habiéndose petitionado en la demanda por la parte actora la devolución íntegra de cantidades al amparo de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y por mandato legal del artículo 1303 del Código Civil, ha de acordarse la restitución íntegra de las cantidades cobradas de más desde la firma del contrato y hasta su supresión por la entidad, procediendo por ende la estimación íntegra del petitum fijado por la parte demandante, lo que comporta:

1. Primero, que la entidad bancaria haya de eliminar dicha cláusula suelo, declarada nula en este procedimiento) del contrato de Préstamo otorgado en fecha 01/03/06, -si bien habiendo sido suprimida tras el pacto de 2015, el pronunciamiento supondría la imposibilidad de reactivación de la misma para su posterior inclusión en el referido préstamo-, así como recalcular el cuadro de amortización del préstamo como si la referida cláusula nunca hubiera estado incluida,

2. Segundo, que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora la cantidad percibida como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la firma del contrato, así como los intereses legales devengados desde la fecha de cada abono.

**OCTAVO.- Cláusula relativa al interés de demora.**

Finalmente se solicita por la parte actora la declaración de nulidad y eliminación de la estipulación sexta de la escritura de préstamo objeto de autos, relativa al interés de demora. Y en tal sentido dicha alegación de nulidad debe merecer favorable acogida toda vez que, como se desprende de la cláusula referida del contrato de préstamo, el interés pactado como moratorio fue ascendente al tipo del 18%, superior por tanto en todo caso en más de dos puntos al "interés remuneratorio" fijado en el contrato de préstamo



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	26/31



mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==



hipotecario (doc. nº 1 de la demanda). Y al respecto de esta cuestión y con arreglo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello y cuando considere que tal cláusula es abusiva, se abstendrá de aplicarla con la única limitación de haber dado previamente audiencia a las partes. (Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 705/15 de 23 de diciembre, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de Junio de 2012, nº 618/2010, y de 21 de febrero de 2013).

Por ello, constando en autos el contrato en el que la parte ejecutante funda su derecho y reuniendo la demandada la condición de consumidor, resulta de aplicación la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado mediante Real Decreto Ley 1/2007, que establece en su artículo 82.1 que *"se consideran 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"*. En el apartado 4 de dicho precepto se determina también que *"no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas contenidos en los artículos 85 a 89"* esto es, las cláusulas enumeradas en dicho precepto serán nulas en todo caso sin que sea relevante atender a que hayan o no hayan sido negociadas individualmente.

Conforme a lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión. Y el Tribunal Supremo (sentencias 241/13, de 9 de Mayo, 222/15 de 29 de Abril, y 265/15 de 22 de Abril) entiende que hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del empresario. La imposición supone que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso que no consta acreditada la negociación. De acuerdo con



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	27/31
	mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==		



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



la doctrina contenida en la STJUE de 3/9/15 (asunto C-100/4), para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante. En concreto, en relación a los intereses de demora, el artículo 85.6 de la LGDCU dispone que serán nulas las cláusulas que "supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones" siendo así que el interés moratorio participa, claramente, de una naturaleza indemnizatoria derivada del retraso o impago de cuotas derivadas de un préstamo o similar.

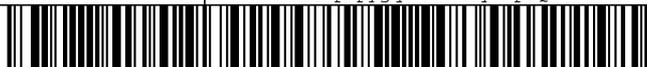
Establece la Sentencia 364/16 del Tribunal Supremo de 3 de Junio la posibilidad del control del contenido de la cláusula de intereses, reiterando la doctrina fijada en Sentencia 265/15 de 22 de Abril, estableciendo que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es "el examen de la proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento". Como ya estableció en Sentencia 705/15 de 23 de Diciembre, de acuerdo con la doctrina del TJUE, contenida en Sentencia de 21 de Enero de 2015, y auto de 11 de Junio de 2015, el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH, no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, sino que puede acudir a otros criterios para decidir en cada caso la abusividad de la cláusula, por lo que el límite del 114 LH no garantiza el control de abusividad.

Acoge en la citada sentencia **364/16 el Tribunal Supremo** el mismo criterio fijado en la Sentencia 265/15 de 22 de Abril para la declaración de abusividad de la cláusula de interés de demora en préstamos personales destinados al consumo concluyendo **"abusivo un interés de demora que suponga un incremento en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal"**, no encontrando razones para separarse de este criterio en los préstamos hipotecarios. Y así, en el presente supuesto el interés de demora fijado en el préstamo hipotecario supera en más de dos puntos el remuneratorio, resultando por tanto manifiestamente superior a la limitación jurisprudencialmente referida, y por ende abiertamente abusivo.



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	28/31



mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==



Y en cuanto a los efectos que la posible declaración de abusividad pueda suponer, establece con rotundidad el Tribunal Supremo en Sentencia 364/16 de 3 de Junio, que "los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales ya establecidos en sentencia 265/15 de 22 de Abril, 705/15 de 23 de Diciembre y 79/16 de 18 de Febrero. Así la nulidad de la cláusula abusiva no da lugar a una reducción conservadora del incremento del tipo de interés sino su eliminación total, suprimiendo la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo, pero no el interés remuneratorio, no aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, por lo que declarada la abusividad de la cláusula de interés de demora y con ello su nulidad, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debe hacerse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo; resultando de todo ello estimada la pretensión ejercitada por la parte actora al respecto, debiendo tener por eliminada la estipulación de interés de demora contenida en el contrato de préstamo y su modificación, sin posibilidad de moderación o minoración alguna.

**NOVENO.- De las costas.**

De acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha lugar a imponer costas procesales devengadas a la parte demandada que ha visto íntegramente desestimadas sus pretensiones.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

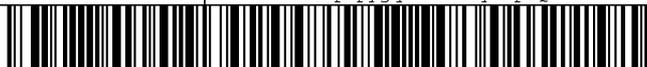
**FALLO**

Que **DESESTIMANDO** la excepción de carencia de objeto, acuerdo **ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda formulada por el Procurador D<sup>a</sup>. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED], en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] frente a la entidad UNICAJA BANCO, S.A., y en consecuencia:



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	29/31



mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==



1º.-**DECLARO** la nulidad, por tener el carácter de abusivo por falta de transparencia, de la cláusula tercera bis, página 10 y 16 de la escritura, cuyo tenor literal es el siguiente "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual" y "El tipo de interés aplicable al prestatario solo podrá ser inferior al 3,50 por ciento nominal anual como resultado de las bonificaciones previstas en esta cláusula, sin que en ningún caso, pueda resultar inferior al 2,90 por ciento nominal anual", que se contiene en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 01/03/06, otorgada en Huelva ante el Notario D. Luis Gutiérrez Díez, con número 390 de su protocolo.

2º.-La declaración de nulidad comporta:

a) Que la entidad bancaria haya de eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo otorgado en fecha 01/03/06, -si bien habiendo sido suprimida tras el pacto de 2015, el pronunciamiento supondría la imposibilidad de reactivación de la misma para su posterior inclusión en el referido préstamo-; así como recalcular el cuadro de amortización del préstamo como si la referida cláusula nunca hubiera estado incluida.

b).- Que la entidad bancaria deba reintegrar a la actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la firma de la escritura, junto a los intereses legales devengados desde la fecha de cada abono.

3º.- **DECLARAR** la nulidad, por tener el carácter de abusivo, de la cláusula sexta, relativa a la fijación del interés de demora, del contrato de préstamo hipotecario de fecha 01/03/06, otorgada en Huelva ante el Notario D. Luis Gutiérrez Díez, con número 390 de su protocolo, condenando a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato en la forma dispuesta en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución.

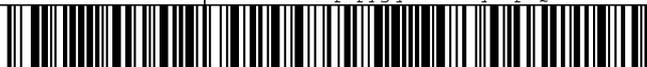
4º.- Ha lugar a la imposición de condena en costas procesales devengadas a la parte demandada.

5º.- Declaro la subsistencia del resto del contrato.



Código Seguro de verificación:mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[Redacted] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[Redacted] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	30/31



mLPpWpygg0ssB0rzyshpJQ==



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Una vez sea firme la presente resolución, diríjase mandamiento al titular del Registro de las Condiciones de la Contratación, para la inscripción de la Sentencia en el mismo.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que contra la misma cabe interponer recurso de APELACION, del que conocerá la Audiencia Provincial de Huelva, debiendo interponerse ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, y citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugna (artículo 458 LEC en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre de agilización procesal), y ello previa constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 458 de la LEC y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 1/09 de 3 de Noviembre de modificación de la Ley 6/1985 del Poder Judicial) así como, en su caso, el abono de la correspondiente tasa judicial.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo de la original en el Libro de Sentencias.

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

**PUBLICACION:** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.



Código Seguro de verificación:mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==. 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	[REDACTED] 10/11/2020 14:31:10	FECHA	10/11/2020
	[REDACTED] 10/11/2020 16:28:54		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	31/31



mLpPwpygg0ssB0rzyshpJQ==