



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

NUMERO DE [REDACTED]

NIG: [REDACTED]
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 2017. Negociado.
Sobre: Contratos en general
De: D/ña [REDACTED]
Procurador/a Sr/a.: MARIA DEL CARMEN PULGARIN JIMENEZ
Letrado/a Sr/a.: MARIANELA DE JESUS NUÑEZ ARIZA
Contra D/ña. [REDACTED] BANCO S.A.
Procurador/a Sr/a. [REDACTED]
Letrado/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA Nº [REDACTED]/18

[REDACTED] 14 de marzo de 2018

Vistos por mí, Dª [REDACTED], Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº [REDACTED] y su partido, los presentes autos de juicio ordinario que, bajo número [REDACTED] 2017 se han seguido ante este Juzgado, a instancia de D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] representados por la procuradora de los Tribunales Sra. María del Carmen Pulgarin Jiménez, contra BANCO S.A representada por el procurador de los Tribunales Sr. [REDACTED] atendidos los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la procuradora de los Tribunales Sra. María del Carmen Pulgarin Jiménez, en nombre y representación de D. [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra [REDACTED] BANCO S.A, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que:

a) Se declare la nulidad, por tener carácter de clausula abusiva, de la estipulación TERCERA BIS, en concreto que "En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50 por ciento nominal anual" y donde dice "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 clausula, sin que, en ningún caso, pueda resultar inferior al 2,90 por ciento nominal anual." contenida en el préstamo hipotecario celebrado con los demandantes y que establece un tipo mínimo de interés.

b) Se condene a la demandada a eliminar dichas clausulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito con los demandantes.

c) Se condene a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dichas clausulas, que salvo error u omisión se fija en CATROCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON SETENTA Y SIETE CENTIMOS (14.681,77 €) calculado hasta febrero de 2017, mas los intereses legales desde la fecha de cada cobro que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalculer los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que las clausulas declaradas nulas nunca hubiesen existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo la cantidad que se determine y a recalculer de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo, a lo que se sumaran también los intereses legales pertinentes.

d) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento y a los intereses legales.

Tal pretensión la fundaba, esencialmente, en los siguientes hechos:

En fecha 1 de diciembre de 2006, D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] suscribieron con la entidad bancaria [REDACTED] (hoy [REDACTED] BANCO S.A) un préstamo con

Table with verification code and signature details: Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqEQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. FIRMADO POR [REDACTED] FECHA 20/03/2018 ID. FIRMA [REDACTED] PÁGINA 1/27

Table with verification code and signature details: Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqEQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. FIRMADO POR [REDACTED] FECHA 20/03/2018 ID. FIRMA [REDACTED] PÁGINA 2/27

garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda habitual en España, por un importe de 195.000 euros.

En dicho contrato se incluyó una cláusula Tercera relativa al tipo de interés que se fijó en un 3,75% nominal anual durante los seis primeros meses, después de los cuales el interés era variable resultante de adicional 1,30 puntos al tipo de interés de referencia, estableciéndose que, en ningún caso, el tipo de interés sería inferior al 3,50% nominal anual, fijándose que solo podría ser inferior al anterior como consecuencia de las bonificaciones previstas en la cláusula y sin que, en ningún caso, pudiera ser inferior al 2,90 % nominal anual.

Que la demandante no negoció con la demandada la anterior cláusula constituyendo la misma una condición general de la contratación, siendo una cláusula abusiva al limitar la variabilidad del interés a la baja en beneficio del banco mientras que el consumidor no goza de esa limitación de la variabilidad del interés al alza, produciendo un evidente y manifiesto desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, habiéndose infringido las normas imperativas de transparencia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto se dio traslado de la misma a los demandados para que, en un plazo de veinte días, se personaran en forma y contestara a la misma.

TERCERO.- Por el procurador de los Tribunales S. [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] BANCO S.A, se presentó escrito de contestación a la demanda, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, planteaba como excepción procesal la falta de legitimación activa del demandante y solicitaba se dictase una sentencia por la que se desestimaran las pretensiones ejercitadas con imposición de las costas a la parte actora.

Tal pretensión la fundaba, esencialmente, en los siguientes hechos:

No se discute por la demandada la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria con los demandantes, así como tampoco el contenido de la cláusula cuya nulidad se pretende y descrito en la demanda.

Se niega asimismo que la parte actora tenga la condición de consumidor, y que no conociera la existencia de la cláusula cuya nulidad se pretende, afirmando que fueron informados de la

misma y que cumplidos todos los presupuestos la cláusula suelo ha de ser considerada válida, eficaz y ajustada a derecho, siendo clara y comprensible en su redacción.

CUARTO.- Por la procuradora de los Tribunales Sra. María del Carmen Pulgarin Jiménez, en nombre y representación de D. [REDACTED], se presentó escrito solicitando la intervención voluntaria adhesiva de D. [REDACTED].

Dado traslado a las demás partes para alegaciones, por la representación procesal de D. [REDACTED] se presentó escrito manifestando no oponerse a la intervención voluntaria solicitada, y no habiendo formulado alegación alguna la parte demandada y dictándose Auto de fecha 2 de octubre de 2017 admitiendo la intervención y teniendo desde ese momento a la Sra. Lisa como parte demandante a todos los efectos.

QUINTO.- La Audiencia Previa se celebró en la fecha señalada, con el resultado que obra en autos y con asistencia de la parte actora y la demandada debidamente representadas por procurador y asistidas de letrado, quedando señalada la fecha del juicio.

SEXTO.- La vista se celebró en el día y hora señalados, con el resultado que consta en autos. Una vez practicada toda la prueba propuesta y admitida en el acto de la Audiencia Previa, las partes formularon sus conclusiones quedando el procedimiento visto para sentencia.

SEXTO.- En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora una acción declarativa por la que se pretende la nulidad de la cláusula Tercera bis del contrato de préstamo celebrado entre las partes y una acción de reclamación de cantidad derivada de la anterior dirigiendo su pretensión contra [REDACTED] BANCO S.A. Tal pretensión se funda, esencialmente, en los hechos que se han resumido en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia.

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 18 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	3/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 18 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	4/27

La parte demandada se opone a la demanda entendiendo que la cláusula debatida es válida y eficaz y procede por ello la desestimación de la demanda conforme a los hechos que han quedado resumidos en el Antecedente de Hecho Tercero de esta Sentencia.

SEGUNDO.- Procede en primer término resolver la excepción de falta de legitimación activa planteada por la parte demandada al entender que el ahora actor no posee por si solo dicha legitimación por cuanto también resulta ser prestataria en el contrato suscrito por las partes y en el que se incluye la cláusula cuya nulidad se discute, D^o. [REDACTED] debiendo por ello haber sido esta última también parte en el presente procedimiento ya que se verá afectada por el resultado del procedimiento.

Dispone el Art. 10 LEC que *"Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular"*.

La legitimación activa corresponde a quien tenga un legítimo interés por ser titular del derecho o de la relación jurídica que a través del proceso se pretende constituir, modificar o extinguir.

La legitimación pasiva consiste en la cualidad que se atribuye en la demanda respecto de quien es llamado como demandado, definida por su relación con el objeto del proceso, por lo que ha de guardar coherencia con las consecuencias jurídicas pretendidas mediante la acción ejercitada, y que supone el deber de soportar en dicho concepto el litigio (STS 294/2004 de 21 de abril; 961/2002 de 23 de octubre y 86/2002 de 28 de febrero).

La cantidad que se reclama por la parte actora en este procedimiento fue obtenida por el mismo, junto con su actual mujer la Sra [REDACTED], a través de un préstamo hipotecario que ambos concertaron.

Esta cuestión ha sido ya objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, entendiéndose que en aquellos casos en los que existen varios deudores en un préstamo hipotecario, cualquiera de ellos se encuentra legitimado para ejercitar una acción como la que ahora nos ocupa al ser de aplicación el régimen previsto en

el Código Civil para obligaciones mancomunadas y solidarias en los artículos 1137 y siguientes. Así, la reciente sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia de fecha 17 de marzo de 2016, al resolver un recurso de apelación en el que se planteaba un supuesto idéntico al que ahora nos ocupa, afirmaba que el deudor que ejercitaba la acción estaba haciendo, por medio de su reclamación judicial, una actuación que útil a los demás pues si se consigue eliminar la cláusula suelo, ello irá en beneficio del resto de deudores solidarios. Y esta legitimación, está expresamente prevista por el artículo 1141 del Código Civil, siendo también de aplicación el artículo 1143 del mismo texto legal al referirse a "cualquiera de los deudores". Y En el mismo sentido se pronunciaron ya las SSTs de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993.

De igual modo, la también reciente Sentencia dictada por la Sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 19 de enero de 2016 establece *"Pues conforme disponen los arts. 1137 y ss C.Civil cualquiera de los deudores podrá ejercitar las acciones en relación al contrato de préstamo que sean perjudiciales en beneficio de todos los prestatarios; conforme resulta del art. 1143 C.Civil en relación con el art. 1141 C.Civil. Y ello con absoluta independencia, como dice la apelada, de la titularidad que ostentan sobre la vivienda gravada, lo cual carece de trascendencia, pues la cuestión discutida versa sobre el contrato de préstamo con pacto multidivisa."*

En base a la jurisprudencia expuesta y siendo que fue admitida la intervención voluntaria de la Sra [REDACTED] en este procedimiento, no puede prosperar la pretendida y alegada falta de legitimación activa, debiendo en consecuencia ser la misma desestimada.

TERCERO.- Para efectuar un adecuado análisis de la pretensión principal de la parte actora, declaración de nulidad de la denominada "cláusula suelo", Cláusula Tercera Bis de la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, debemos partir necesariamente de la **Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y su auto de aclaración de 3 de junio del mismo año**, que fijan una serie de precisiones sobre la posibilidad de que las denominadas "cláusulas suelo" puedan ser declaradas abusivas por infringir la normativa sobre consumidores y usuarios.

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	5/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	6/27

A modo de resumen, cabría señalar que el Tribunal Supremo no ha declarado nulas las cláusulas como la que nos ocupa por el mero hecho de haber un suelo en la escritura hipotecaria para el pago de los intereses cuando estos bajan, sino que señala que ello sólo será posible en los casos en los que tales cláusulas no superen un doble test de transparencia: A) el primero, referido a si la cláusula es clara en sí misma, y a cómo se incorporó al contrato, y ello conforme lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Esto es, es exigible una redacción transparente, clara, concreta y sencilla, refiriendo al respecto el Art. 80.1 TRLCU "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" y B) el segundo, relativo al grado de conocimiento del cliente sobre la incorporación de dicha cláusula y las consecuencias jurídicas y económicas que conllevan su aceptación.

En efecto, el Alto Tribunal declara en la citada Sentencia que: *"Las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato... sin perjuicio de lo que se dirá, como regla, no cabe el control de su equilibrio. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".* Y continúa diciendo *"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. 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".*

CUARTO.- La primera cuestión a resolver consiste en determinar si la actora tienen o no la condición de consumidores y/o usuarios.

Para ello hay que partir del artículo 51 de la Constitución Española en la que se establece que: *"Los Poderes Públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".*

El 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 recoge la noción general de consumidor y de usuario estableciendo que: *"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."* Por su parte en el artículo 4 del RDL 1/2007 se expone el concepto de empresario en los siguientes términos: *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada."*

Asimismo cabe tomar en consideración la definición de consumidor y usuario contemplada en el art. 1 de la ley de 1984, y que no cabría considerar inmerso en este concepto. *"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros."*

Desde una perspectiva jurisprudencial cabe realizar especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 que establece que *"El art. 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio EDL 1984/8937, delimita el ámbito subjetivo de la misma atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la*

Código Seguro de verificación:QRK1jAZUXmze4i/pCWqeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	7/27

Código Seguro de verificación:QRK1jAZUXmze4i/pCWqeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	8/27

posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios”.

Así pues, lo que la citada sentencia tiene en cuenta es el destino del producto adquirido, es decir, si se va a destinar a uso privado o se va a incorporar en el sistema o proceso de producción o transformación de la empresa en cuestión.

A resultas de estos preceptos y de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, resulta que tiene la condición de consumidor y/o usuario la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, interviniendo en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Atendiendo a lo expuesto, entiendo que los conceptos clave son “destinatario final”, “actuación en el marco de una actividad empresarial o profesional” e “integración en procesos de producción, transformación, comercialización, prestación a terceros”.

La parte demandada niega, o al menos discute, que los actores tengan la condición de consumidores.

Ponderando y valorando todos y cada uno de estos extremos y la prueba practicada entiende esta Juzgadora que en lo que atañe a la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos la parte actora no tiene la condición de empresario o profesional sino de consumidor, correspondiéndole a la entidad bancaria demandada la carga de probar la adquisición de carácter profesional de los actores.

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	ws05 [REDACTED]	PÁGINA	9/27

Es por ello por lo que, lo primero que ha de señalarse es que la parte actora tiene en el contrato litigioso, la condición de consumidores que han suscrito un préstamo con un profesional, concretamente, con una entidad bancaria que actúa de manera indubitada en el desarrollo de su actividad mercantil o profesional.

QUINTO.- Del resultado de la prueba practicada consistente en el interrogatorio del demandante Sr. [REDACTED] y de la Sra. [REDACTED] en calidad de testigo como empleado de la entidad bancaria, y valorando dicha prueba en conciencia y conforme a las normas de la sana crítica, ha de concluirse que resulta acreditado que la cláusula enjuiciada no ha sido negociada individualmente con la parte actora sino que se trata de una cláusula predisposta por la entidad bancaria.

En este sentido, debe recordarse que corresponde a la entidad demandada la carga de acreditar que una cláusula que figura en un contrato propio de la actividad que desarrolla celebrado con un consumidor/a, ha sido objeto de negociación individual. Así lo indica expresamente el art. 82.2 del R.D.Leg. 1/2007, lo proclama la citada STS de 9 de mayo de 2.013 y la reciente STJUE de 16 de enero de 2.014, que recuerda que el art. 3, apartado 2, párrafos primero y tercero de la Directiva 93/13 establece que si un profesional afirma que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba.

Pues bien, en el presente caso, la parte actora en su interrogatorio negó haber negociado la cláusula en cuestión y aunque la misma había concedido un poder a un letrado para la solicitud del préstamo hipotecario, apoderamiento este que no tuvo lugar respecto de la Sra. [REDACTED] que actuó en todo momento en su propio nombre, lo cierto es que ambos prestatarios acudieron a Notaria personalmente a la firma de la escritura pública, siendo que el hecho de que uno de los prestatarios hubiera actuado a través de un representante legal no impide la necesidad de que concurra el presupuesto que ahora analizamos referente a si la cláusula cuya nulidad se pretende fue o no objeto de negociación, habiendo reconocido la testigo propuesta por la parte demandada y empleada de la entidad bancaria que las condiciones del préstamo hipotecario eran impuestas y no se podían modificar, de lo que necesariamente ha de extraer la consecuencia lógica no solo de que la cláusula en cuestión no fue negociada

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	10/27

individualmente ya que ninguna prueba se ha practicado que acredite tal hecho, sino que además queda patente que le fue impuesta a la actora a la vista de lo declarado por los demandantes y por el propio testigo propuesto por la entidad bancaria en los términos que se acaban de exponer, manifestando la demandante que no conocía lo que era una cláusula suelo aunque sabía que el préstamo hipotecario tenía un tipo de interés variable, no habiéndose practicado prueba alguna por la parte demandada tendente a acreditar que existiera una negociación de las condiciones del préstamo y que estas por tanto no le hubieran sido impuestas a la demandante.

Por lo anterior no puede concluirse o colegirse que la cláusula litigiosa haya sido negociada individualmente con la actora, pues no ha quedado demostrado que la parte actora pudiera influir en su contenido, bien para suprimirla o bien para modificar el tipo fijado por la entidad bancaria, limitándose sus opciones a decidir si contratar o no. En este sentido, la tan citada **STS de 9 de mayo de 2.013** declara que: *"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario"*.

En definitiva, ha quedado demostrado que la cláusula objeto de examen, Cláusula Tercera bis, es una cláusula predispuesta por la entidad bancaria demandada en un contrato celebrado con consumidores sin que la entidad demandada haya propuesto prueba alguna tendente a concluir que fuese objeto de negociación individualizada.

SEXTO.- Por tanto, tratándose de una cláusula predispuesta en un contrato celebrado con consumidores, su validez exige la superación del doble control de transparencia anteriormente referido. En este sentido, declara el TS que *"las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. 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"*.

El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia apelando, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". La exigencia de transparencia 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 configuren el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. La citada STS de 9 de mayo de 2.013 da una serie de criterios para realizar ese doble control de transparencia y claridad, estableciendo: *"...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 pueda jugar en la economía del contrato. No puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro...El principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa"*.

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze41/pCWgeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	11/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze41/pCWgeFQ==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	12/27

Y, en relación con las concretas cláusulas sometidas a examen en aquella sentencia, señala:
"217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percibirse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.

220. Además, el referido IBE, en su apartado 3.2 -Causas del uso de las acotaciones a la variación" - expone las dos razones alegadas por las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que "[l]as entidades entrevistadas han sugerido, como motivos que justifican el papel secundario de estas acotaciones en la competencia dentro de esta área de negocio: [1] el principal interés de los prestatarios en el momento de contratar un préstamo hipotecario se centra en la cuota inicial a pagar, y por ello, como estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas, no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios [...]"

221. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

222. De hecho, el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación, la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de

información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como información previa sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura y la promoción de prácticas de concesión y cobertura de créditos en los que la evaluación del riesgo de crédito de la operación tenga en cuenta los posibles escenarios de variación de los tipos y la mayor incertidumbre que tiene la operación.

223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacia previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo - recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

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

- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- 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.
- 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".

Y el Auto de 3 de junio aclara que "...las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	13/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	14/27

analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventual abusivo". Pero también añade: "La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito".

SEPTIMO.- Pues bien, aplicando los criterios expuestos al caso enjuiciado, la Cláusula Tercera bis ("cláusula suelo") denominada "tipo de interés variable" establece que "Finalizado el periodo de aplicación de intereses a tipo fijo señalado en la cláusula TERCERA, a efectos de aplicación del tipo de interés, se subdividirá el plazo del préstamo en tantos periodos de interés fijos sucesivos anuales como años medien entre el final del periodo inicial y el vencimiento del préstamo.

A cada uno de los sucesivos periodos de interés, se le aplicará el tipo de interés resultante de agregar al tipo de interés de referencia 1,30 puntos, sin realizar en el mismo ningún ajuste o conversión....

En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50% nominal anual".

Continúa la misma cláusula definiendo el tipo de interés de referencia, estipulando un índice sustitutivo y su aplicación y funcionamiento. Y en párrafos siguientes de la misma cláusula se dice "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"

Atendiendo a la anterior redacción y aplicando los criterios expuestos al caso de autos, no parece que la cláusula litigiosa pueda salvar el test de transparencia en los términos que recoge el Tribunal Supremo.

Así, en el caso de autos no ha resultado demostrado que se practicaran por la entidad mercantil demandada simulaciones de escenarios diversos en relación al diverso comportamiento de los tipos de interés, ni que se suministrara a la actora un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el período al que pudiera contratarse la cobertura, ni siquiera que se informara a estos debidamente y con la suficiente claridad de las condiciones del préstamo.

De este modo, la información que hubiera hecho comprender a los suscriptores del préstamo hipotecario el real sentido del contrato es aquella que les habría permitido entender fácilmente que en realidad estaban pactando un préstamo a interés fijo variable sólo al alza fijándose de forma paralela un "suelo", no consta que se hubiera ofrecido a los demandantes.

Se constata así pues la existencia de un claro déficit de información, de negociación individualizada y de transparencia siendo que en el caso de autos no se ha probado que los actores sean personas con conocimientos específicos en materia financiera. Los actores no dispusieron al tiempo de contratar de la información necesaria, facilitada desde la propia entidad bancaria, para conocer el alcance real de que el "tipo de interés variable" de la hipoteca que estaba contratando era en realidad un "tipo de interés fijo con un mínimo obligatorio" imponiéndosele las denominadas "cláusula suelo" objeto de autos.

Asimismo tampoco ha resultado probado que se realizara una advertencia previa, clara y comprensible sobre el coste real comparativo con otros productos análogos de la propia entidad.

Si con anterioridad a la firma de la escritura pública no consta que se informara de manera clara y transparente sobre la trascendencia económica de las denominadas "cláusula suelo", esa ausencia de información tampoco puede considerarse subsanada en el momento de la firma con la intervención de la Notario procediendo a dar lectura a la escritura pública, pues tal lectura lo que colma es el requisito de incorporación al contrato de esa cláusula, pero es insuficiente para atender y cubrir la noción de transparencia en los parámetros antes expuestos, pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que la prestataria llegase a alcanzar la comprensión real de su importancia en el desarrollo del contrato, es decir, qué

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	15/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	16/27

suponía esa cláusula durante la duración pactada. Que la intervención notarial "per se" no puede significar en todo caso la comprensibilidad, se infiere de las últimas reformas legales en la que el propio legislador (Ley 1/2013) parece inclusive ir más allá al exigir en este tipo de cláusulas insertadas en préstamos hipotecarios con personas físicas, la expresión manuscrita del prestatario en la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados de contrato.

Finalmente, concurre el criterio señalado por el TS en su **Auto de 3 de junio** como suficiente para concluir que la cláusula es abusiva. Señala el Alto Tribunal en esta resolución, que *"la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito"*. Y esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa.

Por todos los motivos expuestos, he de concluir que la cláusula suelo litigiosa, la Cláusula Tercera Bis de la escritura de préstamo suscrita es nula por falta de la necesaria claridad y transparencia al ser explicada a los consumidores contratantes.

OCTAVO.- Sobre los efectos de la declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo.

En relación con las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula contractual, ha de recordarse que tanto en el **Art. 6.1 de la Directiva 93/13**, como en el vigésimo primero considerando de ésta, se establece que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas», de lo que resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio del 2012** sostiene que es contrario al Derecho Comunitario la facultad que se concede a los Jueces por

parte del TRLGDCU de integrar las cláusulas abusivas, con la consecuencia de que ante una cláusula abusiva el Juez debe inaplicarla en su integridad. Razona el Tribunal que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, se eliminaría el efecto disuasorio de las normas protectoras del consumidor, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando se declare su nulidad, el contrato se integrará por el juez nacional en lo que fuere necesario. Y así establece en su fallo que: *"2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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 atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva"*.

No obstante lo anterior, es cierto que la **Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013** negó el efecto retroactivo a la nulidad que declara. Ahora bien, conviene recordar que lo hizo en el marco de una acción colectiva de cesación y respecto únicamente a las partes de aquél proceso donde, además, no se ejercitó una acción de condena a la restitución sino sólo de nulidad y correlativa eliminación de las cláusulas así como de prohibición de uso futuro. Por ello, considero que tal declaración de irretroactividad no sería aplicable al caso aquí enjuiciado, si bien ha de estarse en todo caso al "petitum" de la actora.

Y, además de las Sentencias ya mencionadas, cabe recordar que la **STJUE 30 de mayo del 2013** refiere que: *"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor"*.

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWgeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	17/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWgeFQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	18/27

Y es que, de permitirse la aplicación de las cláusulas suelo-techo hasta la fecha en que se declare su nulidad se estaría permitiendo una especie de vinculación parcial a la misma, en definitiva, una moderación de sus efectos, lo que va en contra de lo establecido por el TJUE al interpretar la Directiva antes reseñada. En este sentido se han expresado algunas Audiencias Provinciales, por ejemplo, la de Ciudad Real en su sentencia de 11 de julio de 2013 que declara: "Por los mismos motivos hemos de entender que el Tribunal Supremo ha limitado la irretroactividad respecto a los pagos ya efectuados a la publicación de la sentencia, no es el caso que es objeto de estudio, no vamos a entrar en las disquisiciones por las que el Tribunal ha entendido que la nulidad de dichas cláusulas no tienen efectos ex tunc, y que no supone una restitutio in integrum al amparo de lo dispuesto en el art. 1300 del C. Civil. Con respeto absoluto a dicha resolución y los motivos en aras de seguridad jurídica que ha llevado a limitar los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas, lo que resulta inadmisibile es que este Tribunal declare que se tiene por no puesta las cláusula denominada suelo y no tenga ningún efecto dicha declaración, cuando a los demandados se les reclama el importe de unos intereses cuantificados conforme a dichas cláusulas declaradas nulas". O la Sentencia de la AP de Vitoria de 9 de julio de 2013, que señala: "Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013 es que allí sólo se ejercitaba la acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia ex nunc, a la vista de los arts. 12, 16 y 19 LCGC. En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los arts. 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia ex tunc. El propio FJ 7º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otros casos. El art. 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El art. 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al art. 1303 CC obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas sólo por los recurrentes. En consecuencia, como señala la sentencia recurrida, la nulidad de la cláusula que suponía un límite a que se aplicara el interés variable pactado acarrea la obligación de restitución por el banco del importe indebidamente cobrado al aplicarla. No hay razón para no hacerlo, porque los criterios que señaló la STS de 9 de mayo de 2013 no concurren, en tanto que no se aprecia cómo pueda este caso concurrir el "riesgo de

trastornos graves" a que alude, igual que hizo la STJUE de 21 de marzo de 2013. Ya se ha dicho que no parece que la economía nacional o del banco recurrente puedan padecerlos de modo sensible, y menos aún grave, por restituir a la actora las cantidades indebidamente cobradas (...) Pues bien, en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que haya funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el art. 1303 CC, en tanto que hubo un enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco, frente a otro, el cliente, que carece de justificación porque se basa en una previsión nula -por abusiva y falta de transparencia-, lo que supone la desestimación de este último motivo de la apelación y la del recurso en su totalidad".

Debemos hacer alusión además a la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 6 de marzo de 2014, Rollo de Apelación nº 105/14, en la que analiza, desde su perspectiva, la aplicación del artículo 1.300 del Código Civil en relación a las "cláusulas suelo". Esta resolución recoge de forma taxativa que "La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, resuelve que el efecto de la nulidad contractual relativo a la restitución de prestaciones está prevista con carácter general para las nulidades contractuales en el art. 1303 del Código Civil, pero que tal efecto no es de aplicación automática, sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias, entre las que destaca el principio constitucional de la seguridad jurídica, tanto más en supuestos como el resuelto por su sentencia, en los que se afirma que está en juego el interés económico general. Más en concreto, las razones que esgrime el Tribunal Supremo para no aplicar a la nulidad de las cláusulas suelo el efecto retroactivo propio de la nulidad del contrato son las siguientes:

- "a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqEFO==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	19/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze4i/pCWqEFO==. 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]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	20/27

inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.

h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.

i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".

La interpretación del alcance del art. 1303 del Código Civil es bien conocida. La STS de 11 de febrero de 2003 reconocía que la regla admite excepciones y que está pensada fundamentalmente para el contrato de compraventa: "... procede analizar los efectos jurídicos de tal declaración, los cuales se regulan con carácter principal (no exclusivamente) en el art. 1.303 CC, en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. El precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (SS. 22 septiembre 1.989, 30 diciembre 1.99, 26 julio 2.000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (SS. 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 30 diciembre 1.996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no solo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (SS. 18 enero 1.904, 29 octubre 1.956, 7 enero 1.964, 22 septiembre 1.989, 24 febrero 1.992, 28 septiembre y 30 diciembre 1.996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuando nace de la ley (SS. 10 junio 1.95, 22 noviembre 1.983, 24 febrero 1.992, 6 octubre 1.994, 8 noviembre 1.999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (SS. 29 octubre 1.956, 22 septiembre 1.989, 28 septiembre 1.996, 26 julio 2.000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (SS. 7 octubre 1.957, 7 enero 1.964, 23 octubre 1.973). El art. 1.303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (SS. 9 febrero 1.949, y 18 febrero 1.994) y el precio con sus intereses (SS. 18 febrero 1.994, 12 noviembre 1.996, 23 junio 1.997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales".

La STS de 22 de abril de 2005 estableció la aplicabilidad general del art. 1303 del Código Civil también a los supuestos en los que la nulidad derivaba de la consideración de una cláusula contractual como abusiva, señalando en esta línea que: "La declaración de nulidad acordada se refiere a una cláusula contractual, la cual se tendrá por no puesta, de conformidad con el art. 10.4 LGC y U. La consecuencia económica procedente, que constituye el efecto jurídico de la declaración, es la de que se reintegren los

Código Seguro de verificación:QRK1j aZUXmze4i /pCWqeFQ==. 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		FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	21/27

Código Seguro de verificación:QRK1j aZUXmze4i /pCWqeFQ==. 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		FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	22/27

desplazamientos patrimoniales producidos por la misma. Así se deduce del art. 1.303 CC , cuya finalidad es conseguir que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (SS. 30 diciembre 1.996 y 26 julio 2.000); así resulta de la dogmática jurídica de la nulidad que conlleva como consecuencia ineludible e implícita el restablecimiento de la situación económica previa a la misma; y a la misma conclusión conduce la aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, complementario del sistema liquidatorio de las consecuencias de la nulidad negocial (S. 26 julio 2.000), pues de no acordarse el efecto examinado se aprovecharía la otra parte, precisamente quién dio lugar a la patología contractual. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que se trata de una nulidad parcial, que no trasciende a la totalidad del negocio.”

Sin embargo, no resulta posible extraer una doctrina general de dicha resolución, pues en ella se declara la nulidad de una cláusula inserta en contratos de compraventa cuyo contenido no se refleja en la sentencia.

Ya la **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015** entra en el fondo de la cuestión y tras reproducir pasajes de la prolija sentencia de mayo de 2013 en los que se pretendía justificar la limitación de la regla del art. 1303 CC, concluye que *“a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada.”* El párrafo destacado es la única fundamentación específica que sobre el tema contiene la Sentencia.

Con carácter definitorio absoluto, la **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)** en fecha 21 de diciembre de 2016 conociendo el «Procedimiento prejudicial — Directiva 93/13/CEE — Contratos celebrados con los consumidores — Préstamos hipotecarios — Cláusulas abusivas — Artículo 4, apartado 2 — Artículo 6, apartado 1 — Declaración de nulidad — Limitación por el juez nacional de los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva», en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, sobre este particular ha dispuesto que (subrayadas las frases más destacadas):

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

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

Código Seguro de verificación:QRK1jAZUXmze4i/pCWqEFO==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	23/27

Código Seguro de verificación:QRK1jAZUXmze4i/pCWqEFO==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verifirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA		PÁGINA	24/27

marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60). GUTIÉRREZ NARANJO Y OTROS I – 19)

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.”

Concluye finalmente que: “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 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.”

Aplicando todo este acervo jurisprudencial al caso de autos, entiende esta juzgadora que la Cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo es una cláusula que carece de transparencia, predispuesta y no negociada individualmente que no supera los controles de transparencia y contenido expuestos en el fundamento jurídico anterior.

Por ello, y dado que en el presente caso no se aprecian las mencionadas razones de seguridad jurídica o de orden público económico para excluir el efecto inherente a la declaración de nulidad, esto es, el restitutorio, es por lo que procede estimar la petición principal de la actora y procede:

1) Declarar nula la estipulación inserta en la cláusula financiera Tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecara suscrito entre las partes el día 1 de diciembre de 2006, en su párrafo tercero en el que se establece un suelo del tipo de interés variable, y

en su párrafo referente a un suelo del tipo de interés variable como resultado de las bonificaciones, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,50% o 2,90 fijados en aquella.

2) Se condena a la entidad demandada [REDACTED] BANCO S.A. a eliminar la referida cláusula en su párrafo tercero y restituir a la parte actora la cantidad que se han cobrado en exceso por la mercantil durante la vigencia del contrato sin limitación temporal, esto es desde su celebración y hasta la última cuota abonada con aplicación de la cláusula declarada nula, y más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de cada cobro conforme al Art. 576 LEC.

NOVENO.- Conforme al Art. 394 LEC procede la imposición de las costas a la parte demanda
Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **ESTIMO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales Sra. María del Carmen Pulgarin Jiménez, en nombre y representación de D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] contra [REDACTED] BANCO S.A. y

1) **DECLARO** nula la estipulación inserta en la cláusula financiera Tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecara suscrito entre las partes el día 1 de diciembre de 2006, en su párrafo tercero en el que se establece un suelo del tipo de interés variable, y en su párrafo referente a un suelo del tipo de interés variable como resultado de las bonificaciones, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de los límites de suelo del 3,50% o 2,90 fijados en aquella.

2) **SE CONDENA** a la entidad demandada [REDACTED] BANCO S.A. a eliminar la referida cláusula en su párrafo tercero y restituir a la parte actora la cantidad que se han cobrado en exceso por la mercantil durante la vigencia del contrato sin limitación temporal, esto es desde su celebración y hasta la última cuota abonada con aplicación de la cláusula

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze41/pCWqEQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento es copia de un documento electrónico de fecha 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	25/27

Código Seguro de verificación:QRK1jaZUXmze41/pCWqEQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento es copia de un documento electrónico de fecha 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	26/27

declarada nula, y más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de cada cobro conforme al Art. 576 LEC.

Y ello con expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte demandada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que esta Sentencia no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación en un plazo de veinte días contados desde la notificación de la presente resolución, mediante un escrito que deberá reunir los requisitos previstos en el Art. 457.2 de la Ley 1/2001, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debiendo ser resuelto el mismo por la Ilma. Audiencia Provincial de Málaga.

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

DILIGENCIA.- La anterior resolución es publicada, notificada y archivada en la Secretaría del Juzgado, y queda por certificación literal unida a los autos, doy fe.-

Código Seguro de verificación:QRK1ja20Xmze4i/pCWgePQ=-. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento fue firmado el 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[REDACTED]	FECHA	20/03/2018
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	27/27