



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PROCURADORA:
MONTSERRAT ÁNGELES BAEZA CANO.
NOTIFICADO: 30 DE OCTUBRE DE 2019.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°7 BIS DE ALMERIA

Número de Identificación General:****
Procedimiento: Procedimiento Ordinario ***/2017. Negociado: **
De: D/ña. *****
Procurador/a Sr./a.: MONTSERRAT ANGELES BAEZA CANO
Letrado/a Sr./a.: JUAN MANUEL SORIANO GARRIDO
Contra D/ña.: CAJAMAR, SCC
Procurador/a Sr./a.: ****
Letrado/a Sr./a.: *****

SENTENCIA N° 1497/19

En ALMERÍA, a veintidós de octubre de dos mil diecinueve.

D. Juan Santiago Rodríguez Ruiz-Rico, Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para Almería, adscrito al Juzgado de Primera Instancia nº 7 Bis de los de Almería, ha visto los presentes autos con nº ***/2017 tramitados por las normas del Juicio Ordinario, en el que han sido partes demandantes D^a. *****, y parte demandada la entidad mercantil CAJAMAR, CAJA RURAL INTERMEDITERRÁNEA, SOCIEDAD COOPERATIVAD DE CRÉDITO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado por la representación procesal de la citada parte demandante se interpuso Demanda de Juicio Ordinario contra la entidad mercantil indicada; tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara Sentencia de acuerdo con el suplico.

SEGUNDO.- Admitida la Demanda por Decreto y habiendo sido emplazado para ello, la representación procesal de la entidad mercantil demandada, formuló Contestación a la Demanda en la que se opuso a las pretensiones de contrario en los términos más adelante expuestos, solicitando que se dictase sentencia en la que se desestime la demanda condenando en costas a demandante.

TERCERO.- Convocadas ambas partes a la celebración de la Audiencia Previa, la misma tuvo lugar el día 15 de Octubre de 2019, a la que comparecieron ambas partes debidamente asistidas de Letrado y representadas por Procurador.

Iniciado el acto de la Audiencia y ratificándose en sus escritos de Demanda y contestación, se celebró conforme a los Art 414 y siguientes de la LEC y fueron fijados los hechos controvertidos. Propuesta y admitida la prueba, fue esta íntegramente documental, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 429.8 de la LEC, quedaron a continuación los autos pendientes de la presente resolución, con el resultado que obra en el soporte digital de grabación de vistas.



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	1/24



CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado, en lo sustancial, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente Juicio Ordinario trae causa en la acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación y accesoria de reclamación de cantidad que la demandante ejercita contra la entidad mercantil demandada, y que se encuentran contenidas en sendas escritura de préstamo de fechas 12 de febrero de 2010 y 14 de octubre de 2013 (doc.2 y doc. 6) . Se alega en la **Demanda**, en síntesis, que en tal contrato se incluyeron una serie de cláusulas financieras (referidas a los intereses de demora, vencimiento anticipado, comisión por posiciones deudoras, y cláusula suelo), siendo que las misma en momento alguno fueron objeto de negociación individualizada, repercutiendo sobre aquél y sobre la base de dicha imputación genérica, gastos que por previsión legal habrían de correr a cargo de la entidad prestamista, o al menos haber sido objeto de una distribución equitativa, siendo ello una circunstancia que reviste un carácter completamente arbitrario y abusivo dado que el sujeto pasivo del tributo es la entidad prestamista por ser a quien más conviene y beneficia la operación financiera de constitución de hipoteca, y dado que no se informó de ello convenientemente; una vez presentada reclamación extrajudicial a la entidad, no se ha pronunciado en este aspecto la demandada, por lo que fue preciso acudir al amparo judicial. Conforme a los fundamentos jurídicos que se dan por reproducidos, y teniendo en cuenta el desistimiento que puso de manifiesto, suplica se dicte Sentencia en la cual :

DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula suelo referida en el presente escrito (hecho segundo, préstamo con protocolo nº 244/2010), condene a la demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula, CONDENE a la Entidad de Crédito demandada a devolver las cantidades que hayan sido abonadas en exceso y acuerde tener por no puesto el límite inferior a la variabilidad del tipo de interés,

DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula del interés de demora referida en el presente escrito (hecho cuarto, préstamo con protocolo nº 244/2010), condene a la demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula, CONDENE a la Entidad de Crédito demandada a devolver las cantidades que hayan sido abonadas en exceso a causa de dicha cláusula y acuerde sustituir dicho interés de demora por el previsto en el art. 114. 3 de la LH,

DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula de comisiones por posiciones deudoras, referida en el presente escrito (hecho quinto, préstamo con protocolo nº 244/2010), condene a la demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula, CONDENE a la Entidad de Crédito demandada a devolver las cantidades que le hayan sido abonadas a causa de dicha cláusula y la tenga por no puesta en el contrato,

DECLARE NULA POR ABUSIVA, las cláusulas de vencimiento anticipado, referida en el presente escrito (hecho sexto, préstamo con protocolo nº 244/2010), condene a la



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/24



demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula y la tenga por no puesta en el contrato,

DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula de comisiones por posiciones deudoras, referida en el presente escrito (hecho décimo, préstamo con protocolo nº 1281/2013), condene a la demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula, CONDENE a la Entidad de Crédito demandada a devolver las cantidades que le hayan sido abonadas a causa de dicha cláusula y la tenga por no puesta en el contrato,

DECLARE NULA POR ABUSIVA, la cláusula del interés de demora referida en el presente escrito (hecho undécimo, préstamo con protocolo nº 1281/2013), condene a la demanda a la restitución a mi mandante de la situación de hecho y de derecho que hubiere existido de no mediar la reseñada cláusula, CONDENE a la Entidad de Crédito demandada a devolver las cantidades que hayan sido abonadas en exceso a causa de dicha cláusula y acuerde sustituir dicho interés de demora por el previsto en el art. 114. 3 de la LH,

Imponga las costas a la demandada,

Por contra, en la **Contestación a la Demanda** de la entidad mercantil demandada, se opone íntegramente a la misma aduciendo la caducidad, y alegando, en síntesis, que las distintas cláusulas superan el doble control de incorporación y transparencia, por lo que no puede ser considerada abusiva. La parte actora la pactó al margen del contrato la citada cláusula, y mostró su consentimiento expreso hacer frente a su pago. Manifiesta que comparecieron a la formalización del negocio jurídico que fue precedido de la oportuna información sin que la misma comporte un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, no concurriendo los presupuestos exigidos para que la declaración de nulidad lleve aparejada la devolución de cantidades. Interesó la condena en costas de la Demandante.

SEGUNDO.- Procede analizar en este ordinal la cuestión relativa a la caducidad con respecto a la acción entablada por haber transcurrido el plazo en base al artículo 1301 del Código Civil, así como a la falta de legitimación pasiva de su parte; así, alega que el plazo ha transcurrido al haber pasado más de cuatro años desde que se consumó la cláusula de gastos cuya nulidad se solicita.

Pues bien, cabe destacar que la caducidad se trata de aquella institución por la que por el transcurso de cierto período de tiempo que, la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, quedando el interesado impedido para el cumplimiento del acto o del ejercicio de la acción. El carácter automático de la caducidad, destaca, como una nota definitoria que contribuye a garantizar la seguridad jurídica en determinadas situaciones. En cuanto a la posible caducidad alegada por la parte demandada en relación con la acción ejercitada por la actora, la caducidad opera únicamente con respecto a la acción de anulabilidad; en este sentido, es jurisprudencia pacífica aquélla que considera que el art. 1301CC se predica con respecto a la acción de anulabilidad, y no de la acción de nulidad. En efecto, el art. 1301 CC se refiere a los contratos meramente anulables en que concurran los requisitos que expresa el art. 1261 CC como refiere el art. 1300CC, y



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/24



no a aquéllos que puedan quedar viciados de nulidad radical o absoluta. (SSTS 4 de noviembre de 1996, 14 de marzo de 2000, 18 de octubre de 2005, 22 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2008, 14 de noviembre de 2008). Por su parte, la acción de restitución es accesoria a la acción principal de nulidad, la cual, no es una acción de anulabilidad y por tanto no resulta ser susceptible de que se le apliquen los plazos de caducidad previstos en el art. 1301 CC. Es por lo expuesto, que procede desestimar las alegaciones de la demandada en cuanto a la caducidad de la acción ejercitada por la actora.

TERCERO.- Vistas las alegaciones antes sintetizadas y tomando en consideración la acción concreta que se ejercita por la demandante, ha de partirse de lo dispuesto en el art. y 2 del Texto Refundido de la Ley General de para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:

“1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.”

En esta materia es de destacar la doctrina del Tribunal Supremo a raíz de la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, aclarada por auto de 3 de junio de 2013. Del estudio de dicha sentencia y de los numerosos artículos doctrinales que la han comentado podemos extraer las siguientes conclusiones:

- En *primer* lugar, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. Razona la Sala que las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato. La consecuencia de esta argumentación, conforme a lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sería que esta clase de cláusulas quedarían fuera del control de su carácter abusivo por los tribunales.

Entiende que dichas cláusulas no son abusivas ni desproporcionadas de por sí, ni siquiera cuando existe una gran desproporción entre el suelo y el techo o, incluso, aunque no exista techo, pues la determinación de cuál sea el interés queda a la iniciativa empresarial, dentro de los límites fijados por el legislador. De manera que la cláusula suelo quedaría amparada por la libertad de mercado.

Pero se trata de una decisión que contrasta con el criterio del TJUE, que si bien ha entendido que, como permite la Directiva 13/1993, los Estados miembros pueden



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/24
 *****=			



decidir no adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional sobre el carácter abusivo de cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, también ha considerado que, precisamente, no es el caso de España, que no ha hecho uso de la facultad de exención prevista en la Directiva (STJUE 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

- No obstante lo anterior el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del TJUE expuesta entre otras en la sentencia de 3 de junio de 2010, viene a superar este obstáculo y argumenta que “el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo”.

Y considera que tales cláusulas, para su validez, han de someterse y superar el control de inclusión y de transparencia.

Control de inclusión de las condiciones generales:

Tanto si se trata de contratos entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores las condiciones generales pueden ser objeto de control por los tribunales, control que la jurisprudencia viene a denominar como “control de inclusión”, y que viene a significar que el tribunal habrá de determinar si en el caso concreto que se examina la cláusula en cuestión ha tenido el adherente la oportunidad de conocerla de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y, además, dicha cláusula reúne los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez que exige el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), no superando dicho control aquellas cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, como viene a establecer el artículo 7 LCGC.

En el supuesto de las cláusulas suelo la **Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios**, se refiere a los requisitos exigidos por la LCGC para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben con empresarios y profesionales como si se suscriben con consumidores.

Control de transparencia:

Razona el TS que en los contratos con consumidores no basta con que la cláusula en cuestión supere el control de inclusión, es necesario asimismo que supere un segundo control, el de transparencia, que significa que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que supone realmente para él el contrato celebrado, 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.



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/24
 *****=			



La finalidad de este segundo control no es otra que la de garantizar que el consumidor cuando celebra el contrato está en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

En el caso concreto de la sentencia referida aunque estime que la cláusula suelo no es abusiva de por sí el Tribunal Supremo considera que los contratos cuestionados carecían de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLCU, porque no se permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El Tribunal estima que las cláusulas suelo *“no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”*. En los casos enjuiciados no se cumplen los requisitos de transparencia exigibles, porque *“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”*. Y continúa: *“la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas....”*.

En concreto, el Tribunal Supremo considera que las cláusulas no son transparentes porque: a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio 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; e) en uno de los casos considerados, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. El Tribunal Supremo entiende que la falta de transparencia es determinante de abusividad de la cláusula.

- Por último, el Tribunal Supremo considera que la abusividad por falta de transparencia no determina la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo no transparente, sin posibilidad, se señala expresamente, de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

Tal como había solicitado el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo determina que la sentencia carece de eficacia retroactiva, no sólo en situaciones decididas por sentencia firme, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia. El Tribunal fundamenta esta decisión en diversos argumentos: a) La asociación demandante ejerció una acción de cesación cuyos efectos se proyectan exclusivamente hacia el futuro (cfr. arts. 12.2 LCGC y 53 TRLCU); b) Aunque, como regla general, la declaración de abusividad tiene efectos retroactivos hasta el momento de la celebración del contrato, el



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	6/24
 *****=			



Tribunal aprecia que es posible limitar los efectos de la retroactividad por diversas razones legalmente previstas, singularmente, por la necesidad, inherente a la seguridad jurídica, de conservar los efectos ya consumados. Se señalan ciertos pronunciamientos (también del TJUE) en los que se afirma que la retroactividad queda limitada cuando concurre buena fe y riesgo de trastornos graves. El Tribunal Supremo considera que procede rechazar la eficacia retroactiva por las siguientes razones: a) La licitud de la cláusula suelo; b) Las razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos a interés variable; c) La habitualidad de la cláusula; d) El hecho de que ha sido tolerada por el mercado desde antes de 2004; e) En el caso, el carácter abusivo deriva de la falta de transparencia, no de la ilicitud intrínseca de la cláusula; f) El riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público económico.

La conclusión que se extrae de estas consideraciones es que nos podemos encontrar que una cláusula suelo sea, en principio, perfectamente válida, en cuanto que supere el primer control de transparencia, y sin embargo, se declare nula porque la información suministrada al prestatario resulte insuficiente en relación a las consecuencias que le supondrá su inclusión en el contrato. Por ello, nos dice la meritada Sentencia que (237) *Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.*

CUARTO.- Conforme lo expuesto, es preciso analizar el material probatorio obrante en autos para dilucidar si en el presente caso se dan las circunstancias que sostiene la demandante.

De la escrituras ante indicada (docs 2 y 6), se derivan las cláusulas que se dicen abusivas; estas serian la cláusula suelo en la estipulación 4.B) del doc. 2, la cláusula de intereses de demora, en las estipulaciones octava de ambos documentos, la cláusula de vencimiento anticipado en la estipulación Novena y Novena.bis del doc.2, y la cláusula de comisión por posiciones deudoras, en las estipulaciones Quintas (párrafo 4º) de ambos documentos.

Tales cláusulas constituyen indudablemente condiciones generales de la contratación, en tanto están incorporadas como modelo tipo a una pluralidad de contratos y han sido predispuestas por el empresario, de tal modo que el adherente no tiene otra posibilidad que aceptarlas o rechazarlas, sin posibilidad de negociar de forma singularizada, reuniendo por tanto los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la LCGC exige para que se trate de una condición general de contratación, así “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” resultando, a estos efectos,



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/24
 *****=			



indiferente que el adherente sea un profesional o un consumidor. No se ha podido acreditar por la parte demandada la existencia de una negociación inter partes que permita a este juzgador apreciar que no se han incorporado al contrato de manera unilateral (no existe prueba documental que lo evidencie) dando así cumplimiento, a su vez, a los requisitos que establece el artículo 1 LCGC para ser consideradas como tal, estos son: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad establecidos también jurisprudencialmente, ni se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU. Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales y se puedan excluir del control de abusividad es preciso que la entidad bancaria explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación. Se debe tener en cuenta la norma que atribuye al empresario la carga de probar que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente (artículo 82.2.2º TRLGDCYU y artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE), así como la regla general prevista en el artículo 281.4 de la LEC Y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba en hechos notorios. Es por lo expuesto que la negociación individual no existió y por lo tanto las cláusulas en cuestión se consideran condiciones generales de la contratación

- No obstante, antes de continuar Antes de comenzar con el análisis pretendido, ha de abordarse la cuestión referida a la falta de prueba de la actora de su condición de consumidor; así se discute en sede de contestación el perfil del actor en relación a las operaciones en liza, negando expresamente en la audiencia previa que los mismos actuaran como **consumidores**, de modo que no reúnen los requisitos de predisposición e imposición, como es prueba de ello lo que describe la escritura de autos.

Para dar respuesta a tal hecho controvertido debemos de partir del contenido del Auto de 23 de enero de 2015 de la Audiencia Provincial de Almería en el que se estableció lo siguiente: *“El concepto de abusividad o de cláusula contractual abusiva tiene su ámbito de aplicación en materia de consumidores, esto es, en sentido estricto, únicamente opera en el ámbito de las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores. En este sentido la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación , recordaba que las cláusulas abusivas se distinguen de las llamadas condiciones generales de la contratación. En esa Exposición se indica que una cláusula es condición general cuando está dispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. El concepto de*



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	8/24



cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. En este sentido, solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley. Y el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."

Por consiguiente, la abusividad se podrá examinar con independencia de la condición que ostenten las partes contratantes, si bien, supondrá la aplicación de unas u otras normas según se trate de una relación contractual con consumidor y usuario, a la que le será de aplicación la normativa protectora de consumidores y usuarios, o una relación entre profesionales y empresarios a la que le será de aplicación las normas generales de nulidad contractual.

El concepto de consumidor, se encuentra en la normativa constituida por el Texto Refundido Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (artículo 3) y en la última reforma operada por ley 3/2014 de 27 marzo 2014 en vigor desde el 1 29/3/2014. El TR lo define de la siguiente manera: "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".

La Directiva 93/13/CEE entiende por consumidor "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional". Tras la entrada en vigor del TR por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2007 la tutela del consumidor pasa a un segundo plano, destacando la importancia del acto de consumo.

Sin embargo, no hay prueba concluyente y absoluta que acredite que el préstamo cuyas cláusulas se discuten en el presente procedimiento tuviese como destino primordial el ejercicio de una actividad profesional o empresarial, o que hubiera una negociación específica -más allá de la habitual- que denote un mayor conocimiento de la repercusión de las cláusulas. En tal sentido, de la escritura se infiere que la finalidad del préstamo era el de adquirir una vivienda (pag 6º Doc. 1) y ninguna mención se hace a actividad profesional a financiar, no siendo en realidad directamente relevante que el prestatario ejerciese la abogacía para afirmar que distinta fuera la finalidad del préstamo; tampoco de los documentos que se aportaron en la Audiencia Previa puede inferirse lo afirmado por la



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	9/24



*****=



demandada.

Se debe de apreciar además de la concurrencia de un criterio objetivo (resultante del tenor literal del artículo 2, letra b) de la Directiva), un criterio subjetivo ligado al espíritu de la Directiva de proteger al consumidor como parte débil que generalmente no conoce las disposiciones legales. El elemento central de la noción de consumidor viene dado por la posición que ocupa el contratante en el negocio jurídico en cuestión, se trata de una noción de carácter objetivo y funcional, cuya concurrencia depende de un único criterio: el encuadre del negocio jurídico en particular en el marco de actividades ajenas al ejercicio empresarial o profesional. Incluso, si consideráramos, como afirma la parte demandada, que el destino principal lo fue para refinanciar deudas, cabe reseñar que tampoco perderían su condición de consumidor, toda vez que el destino principal lo ha de ser para el desempeño profesional y empresarial propiamente dicho. Por lo expuesto, no puede privarse a ninguna persona de la posibilidad de estar situada en la posición de consumidor en relación con un contrato que se sitúa fuera de su actividad profesional por el hecho de que el destino principal del préstamo lo sea para refinanciar deudas porque en definitiva si atendemos a su posición respecto a la operación jurídica concreta, no se actúa en un ámbito propio de su actividad empresarial o profesional, sino para cubrir una responsabilidad o deuda pre-existente.

Por consiguiente, se trata de una materia (las cláusulas contenidas en ambas operaciones) sometida OBJETIVA y SUBJETIVAMENTE a la legislación protectora de consumidores y usuarios

QUINTO.- Procede pues, desde la óptica antes reseñada, entrar a valorar las cláusulas controvertidas.

A) En lo que respecta a la cláusula suelo, hay que exponer al respecto, y tal y como señala la Exposición de Motivos de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, que:

“la finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, por lo que se presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/24
 *****=			



A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas (...).”

Pues bien en primer lugar ha de decirse que la cláusula suelo, ahora analizada, se considera una condición general de la contratación, por ajustarse al concepto del art. 1 LCGC. Se trata de una estipulación no negociada individualmente, y ello no sólo en base a la manifiesta realidad social sino porque la carga de la prueba de su negociación individual corresponde al banco (art. 82.2 párr. 2º LGDCU y art. 217.7 LEC) y no lo ha probado. De igual modo, ha de destacarse al respecto que las declaraciones del actor, las únicas de que se dispone, difícilmente pueda admitirse que la cláusula suelo pudiera haber sido negociada individualmente. En cualquier caso, respecto de la oferta vinculante, conviene precisar que la entrega de ésta días antes de la firma de la escritura pública no determina, con carácter general, la validez de la cláusula suelo. Es preciso que quedara probado que la entrega del documento se efectuara con cumplimiento de los requisitos de transparencia, a lo que a continuación se hará referencia, y en un momento en el que se salvaguardara la libertad de contratación.

En este punto no puede desconocerse que con frecuencia el préstamo tiene por finalidad la adquisición de una vivienda. Algo que no puede desconocer el banco ya que la garantía del préstamo hipotecario la constituye precisamente la vivienda que se va a adquirir con dicho préstamo. Es habitual, en tal sentido, que la escritura de compraventa y de préstamo hipotecario se otorguen el mismo día. Y lo habitual es que el adquirente-prestatario haya firmado un contrato privado de compra con anterioridad (con la vinculación que ello supone respecto del vendedor) y haya realizado abono de dinero a cuenta del precio (que perderá en caso de no otorgar la escritura). Y dicho adquirente, claro está, no habrá realizado tal operación sin antes haber acudido al banco y tener conocimiento de que éste le concederá el préstamo para la compraventa y las condiciones de ese préstamo. Pues bien, de la misma manera que el banco se informa de la capacidad económica del futuro prestatario antes de concederle un préstamo, es en ese momento previo cuando el banco ha de facilitar al consumidor la información sobre las condiciones del préstamo mismo. Información que ha de comprender el tipo y, por tanto, la cláusula suelo, en las condiciones antes referidas. De lo contrario, aunque el consumidor conociera el tipo al firmar el contrato privado de compraventa, si posteriormente, incluso antes de la escritura, conociera la cláusula suelo, carecería de libertad para negociarla y, por ende, para contratar, pues, aunque no la aceptara, si el banco no consintiera su eliminación (o disminución) habría de pasar por ella o exponerse a sufrir las pérdidas por el incumplimiento del contrato privado de compraventa que, como se ha dicho, se encuentra vinculado con el de préstamo.

En segundo lugar se estima que la cláusula suelo no pasa el nivel mínimo de transparencia exigible. La cláusula suelo afecta de manera directa al tipo de interés aplicable y, por tanto, al objeto principal contrato. Y en ese sentido falta una información suficientemente precisa y clara de cuál era ciertamente el tipo de interés:

el tipo de interés variable hay que deducirlo de diversos apartados del contrato, lo que puede inducir a confusión al consumidor



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/24



la cláusula suelo se ubica entre una abrumadora cantidad de datos de una extensa escritura de hipoteca que diluye la atención del prestatario. Dicha cláusula no aparece destacada en el contrato de modo que el consumidor adherente haya podido tener un conocimiento de lo que dicha cláusula representaba en el desenvolvimiento del contrato, enmascarándose como una cláusula accesoria en la fijación del precio del contrato cuando en realidad venía a suponer un elemento esencial definidor del objeto contractual, en tanto que una vez que los intereses del mercado bajaran por debajo del suelo establecido en el préstamo hipotecario, este venía a comportarse como si realmente el consumidor hubiere contratado un préstamo a interés fijo, cuando su intención y el fin comercial perseguido era el de un interés variable, el beneficiarse de las posibles evoluciones del mercado de los tipos de interés que le resultaren favorables.

no se ha probado que se facilitara una información suficiente y clara al consumidor demandante sobre la forma en que operaba la cláusula suelo que existía en el préstamo hipotecario. Si dicha cláusula afecta a la esencia del contrato es esencial que se informe sobre ella. El mismo nivel de información, transparencia y claridad es exigible al tipo de interés (con determinación de la cuota con un ejemplo representativo) como a la cláusula suelo, pues la misma puede determinar y determina, como en éste y muchos otros casos, el tipo finalmente aplicable y por tanto el precio del contrato.

Así, por ejemplo, no consta que se haya facilitado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, debiendo recordarse que la carga de la prueba corresponde a la entidad bancaria

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

no consta que se proporcionara una información adecuada al nivel de comprensión de los prestatarios: la demandante ha manifestado que carecían de cualquier tipo de conocimiento en la materia, siendo sus profesiones ajenas a tales aspectos.

es el banco el que dispone de un conocimiento privilegiado del producto y del mercado financiero y de los propios términos de la cláusula, que él mismo ha predispuesto (una de sus consecuencias es la regla contra proferentem -arts. 6 LCGC, 80.2 LGDCU, 1288 CC-). Ello implica exigencias de información, claridad y transparencia en favor del consumidor que en este caso no se han cumplido.

Además de lo anterior es preciso señalar que la cláusula suelo genera un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones que se derivan del contrato para las partes en perjuicio del consumidor. Aunque según el Tribunal Supremo la cláusula suelo no sea nula en sí ello no significa que no pueda serlo en las circunstancias del caso concreto. Y siguiendo



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/24



la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha de decirse que en este caso lo es.

Vistos anteriormente los diferentes tipos de este contrato y la falta de información al respecto se considera que la cláusula suelo convierte un préstamo hipotecario a interés variable (sólo aparente) en un préstamo hipotecario a interés variable sólo al alza. Es decir, de manera opaca, el banco (que ha predispuesto la cláusula) hace que sea el consumidor el único que soporte los riesgos de posibles fluctuaciones del índice de referencia del préstamo.

El propio Tribunal Supremo se ha referido a ello. Ha de tenerse presente lo establecido por el mismo (STS 241/13) en lo relativo al reparto de riesgos entre las partes, que incide netamente en la falta de transparencia: *“Prescindiendo de los casos concretos en los que, como apunta el Informe del Banco de España [...] depende de las expectativas que existan sobre la evolución y volatilidad del correspondiente índice, y esas expectativas, como las que giran sobre cualquier variable financiera, son continuamente cambiantes”* (...). *“Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como 'variable'. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza”*.

Para comprobar que ello ocurre en el presente supuesto basta observar la proximidad entre el suelo y el tipo variable de referencia al momento de la firma de la escritura. Y ha de recordarse que es el banco el que dispone de los conocimientos del producto y del mercado financiero. Ello pone de manifiesto, además, que la inclusión de la cláusula suelo, en las condiciones y términos aludidos, supone un comportamiento del banco contrario a las exigencias de la buena fe.

En estas circunstancias, además, ha de elevarse el nivel de exigencia a la entidad bancaria de probar que ha suministrado una información clara y suficiente sobre la naturaleza, relevancia, funcionamiento y posibles consecuencias de la cláusula suelo. Exigencias que en este caso no se han cumplido. En consecuencia, por todo lo expuesto, **la cláusula suelo analizada ha de considerarse abusiva y, por consiguiente, nula.**

Y Solventado lo anterior, como antecedente a las consecuencias derivadas del éxito en la acción ejercitada por la demandante, han de analizarse los efectos de la declaración de la falta de validez de la cláusula suelo ha de decirse que, de conformidad con la doctrina del TS antes citada la misma no determina la nulidad del contrato, pero sí la de la cláusula suelo no transparente, sin posibilidad, se señala expresamente, de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/24
 *****=			



En ausencia de dicha cláusula suelo la entidad demandada deberá proceder a un nuevo cálculo de los intereses en el desarrollo del contrato sin aplicación de la cláusula suelo, aplicando los que correspondieren en aplicación de los índices de referencia contenidos en el préstamo hipotecario y sin la limitación que suponía la cláusula suelo. Si como consecuencia de dicho recálculo resultara que los actores han pagado más intereses de los que corresponderían sin la aplicación de la cláusula suelo la demandada habrá de abonar los indebidamente pagados. Lo cual deberá efectuarse, en su caso, en ejecución de sentencia. Para dicho recálculo no regirá la limitación temporal fijada por el Tribunal Supremo (9/5/13) en sentencia de la misma fecha, más arriba referida. Dicho recálculo habrá de hacerse con efectos retroactivos desde el momento inicial del contrato (efectivamente desde la aplicación de la cláusula suelo).

Y ello porque dicha doctrina ha sido desvirtuada por la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (aceptada por el Tribunal Supremo en su nota informativa de 15 de febrero de 2017). Dicha sentencia razona: *“No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal —como es un plazo razonable de prescripción— de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C- 542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).*

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.

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.

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



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/24



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).

En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C- 173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C- 614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

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.”

Partiendo de dicho marco jurisprudencial y de los artículos 82 y 83 del TRLGDCYU las **consecuencias jurídicas** serán la eliminación de la cláusula suelo del contrato, operando como si nunca hubiera existido, desde el momento de su suscripción. Y las **consecuencias económicas** se corresponden con la restitución de cantidades cobradas en exceso como consecuencia de su aplicación. Es decir, se habrá de proceder al recálculo de las cuotas de amortización de la hipoteca sin aplicación de la limitación a la baja del interés variable, y a la devolución de cantidades tomando como base el interés variable que se estipuló para la segunda etapa, que en el supuesto de autos fue el interés de referencia pactado (EURIBOR), adicionando 1 punto porcentual.

En este sentido, la declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer 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*. Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo.

Consecuentemente, la entidad demandada deberá proceder a la devolución de lo



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	15/24
 *****=			



pagado de más por los prestatarios en aplicación de dicha cláusula desde la fecha del primer pago, con los intereses que corresponda aplicar. La determinación de tales cantidades se efectuará en fase de ejecución de sentencia conforme al artículo 219 de la LEC.

B) En lo que se refiere al **vencimiento anticipado** como cláusula del contrato, hay que indicar que La estipulación que nos ocupa es claramente abusiva si nos atenemos a la doctrina sentada por la STS de 23 de diciembre de 2015 cuyo fundamento jurídico quinto, responde, en lo que ahora importa, al siguiente tenor: *“En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1.129 del Código Civil prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el artículo 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.*

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 del Código Civil, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos "cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011, señalamos: «Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio, que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio, precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código civil), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	16/24



dejación de las obligaciones de carácter esenciales contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

Y en la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, establecimos que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13).

2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

4.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	17/24



*****=



de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)".

Así pues, las cláusulas de vencimiento anticipado no son abusivas per se y con carácter general, sino que son perfectamente válidas. Lo que habrá que analizar es el caso concreto, y como se desprende de la doctrina indicada, incurre en abusividad una cláusula de vencimiento anticipado que responde con tal contundente efecto ante el incumplimiento de cualquiera de los vencimientos (uno por ejemplo). La abusividad en el caso concreto ha de valorarse atendiendo a criterios de esencialidad de la obligación, gravedad del incumplimiento con relación a la cuantía y duración del contrato de préstamo, y es paladino que no es admisible una cláusula que responde con el vencimiento anticipado ante el impago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización del capital prestado al margen de su naturaleza y entidad. La cláusula controvertida no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni atiende al incumplimiento de obligaciones esenciales o accesorias. Es por todas estas razones que ha de declararse la abusividad, restando solo valorar si procede de forma consecuente la nulidad total de la estipulación indicada.

En tal sentido, no puede dejar de señalarse a relativa incidencia que en tal cuestión supone la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019, dictada en asuntos que que tenían por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 TFUE, respectivamente, por el Tribunal Supremo, mediante auto de 8 de febrero de 2017, recibido en el Tribunal de Justicia el 9 de febrero de 2017, y por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/24



de Barcelona, mediante auto de 30 de marzo de 2017, recibido en el Tribunal de Justicia el 7 de abril de 2017, en sendos proceso nacionales contra dos entidad bancarias distintas. Y se tilda de relativa incidencia si se tiene en cuenta que, de la sola lectura de la misma -y sin perjuicio de los ulteriores pronunciamientos judiciales, de la doctrina que pueda sentar el Tribunal Supremo, y de la propia casuística de cada asunto-, no se logra dilucidar de forma absoluta cual sería la solución a adoptar, ni que relevancia tiene a efectos declarativos (dejando a salvo el procedimiento ejecutivo a raíz de la nulidad de la cláusula, para cada parte), pues, a modo de síntesis, la Gran Sala, tras recordar que deben ser los jueces y tribunales de cada estado miembro los que analicen tanto la abusividad como las consecuencias, otorga dos posibles opciones tras la declaración de una posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resultan alternativas y dependientes de cada caso en concreto: la Nulidad total (tener por no puesta esta cláusula en el contrato, siempre y cuando el contrato pudiera subsistir atendiendo a las circunstancias); o la sustitución de contenido (por una disposición supletoria de derecho nacional para aquellos caos en que la declaración de nulidad suponga a su vez declarar la nulidad total del préstamo).

En respaldo de tal doble opción, el TJUE declara:

“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”

Y en respaldo de tal declaración, este Juzgador considera importante destacar los siguientes puntos de la resolución:

“54 Así, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69, y de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C- 26/13, EU:C:2014:282, apartado 79)



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/24



55 En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”.

Luego, atendiendo al contenido de la cláusula en cuestión, a los pedimentos hechos en la Demanda, y dado que la declaración de nulidad de la cláusula no afecta ni supone na nulidad total del contrato (lo cual perjudicaría directamente al consumidor ya que no podría aprovecharse de las ventajas del procedimiento especial de ejecución hipotecaria), este Juzgador considera oportuno por ser menos perjudicial y más acorde a lo solicitado, declarar la nulidad de la cláusula en cuestión, en su punto primero, y tenerla por no puesta, en consonancia con lo que se venía manteniendo en la la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de enero de 2015, que venía a señalar que es postulable sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en «los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización», no siendo el actual uno de ellos.

C) Por lo que respecta a la **cláusula relativas a los intereses de demora**, es preciso señalar que en la actualidad, la limitación al interés de demora la encontramos principalmente, siempre que se trate de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual por el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del dinero. En concreto, establece que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su doctrina jurisprudencial, manifiesta que el límite previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.”

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses son



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/24



bastante numerosos como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar el artículo 114 de la Ley Hipotecaria así como el artículo 1108 CC que ofrece un parámetro de gran valor.

Por otro lado, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos. Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art 576 LEC en el que a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

En el supuesto que nos ocupa el interés legal del dinero en el momento de la suscripción era del 5,50% en 2008 y 4% en 2013, por este motivo sí puede considerarse excesiva y notoriamente desproporcionado el porcentaje indicado en la cláusula impugnada, superando, de este modo, los parámetros contenidos no solo en normas imperativas, como el previsto expresamente para préstamos hipotecarios del art. 114 LH, o art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal. Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, por ende, desproporcionado.

Por todo lo expuesto procede declarar que dicha cláusula es abusiva por vía del art. 82 TRLGCU, y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquéllas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. La consecuencia de su abusividad es la declaración judicial de nulidad, con la consiguiente expulsión del contrato ex art. 83 TRLGCU, sin que quepa su integración o moderación por parte del tribunal, siguiendo la doctrina del TJUE.

Por tanto, procede declarar la nulidad y consiguiente expulsión de la estipulación relativa a la fijación del interés de demora al tipo que supere el añadir 2 puntos porcentuales al tipo de interés ordinario vigente en cada momento (como es el caso), inserta en el contrato de préstamo hipotecario litigioso. Dado que no se ha probado la aplicación de la misma, no procede restitución de cantidad alguna en aplicación del artículo 217 de la LEC.



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	21/24



D) En relación a las comisiones por **reclamación de posición deudora** señalar que en la cláusula cuarta de la escritura litigiosa se incluye una comisión por reclamación de posiciones deudoras de 24 y 45 euros por cada recibo impagado a la que igualmente la parte actora considera abusiva y desproporcionada. Como se puede apreciar en la escritura de préstamo hipotecario, se trata de una estipulación preestablecida y redactada unilateralmente por el predisponente, es decir, la entidad bancaria. Nos encontramos, pues, ante una condición general de la contratación en los términos analizados en fundamentos jurídicos anteriores, esto es una cláusula a la que le resulta de aplicación la LCU y cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base al artículo 82 y, en particular al artículo 85.6 TRLGDCYU *“Las Cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”*. Ahora bien, el contenido de dicha cláusula está desconectada de los gastos realmente ocasionados a la entidad bancaria por la reclamación de impagados; es decir, no estamos ante un supuesto real de gasto por reclamación de posiciones impagadas, sin que en el caso concreto se haya probado por la entidad la realidad de tales gastos. Es por ello que tal cláusula contractual constituye una doble penalización al consumidor -junto con los intereses moratorios correspondientes- por el impago de cuotas.

Importante traer a colación los pronunciamientos que sobre este particular efectuó la Sentencia nº 344/2012, de 3 de septiembre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, al establecer que respecto a la comisión por gestión de reclamación de impagados y su carácter abusivo, asiste razón al demandado cuando recuerda que el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 considera como tales las estipulaciones no negociadas individualmente que contra las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor (...) Asimismo, es oportuno recordar, tal como hace el apelante, lo dispuesto por la Orden Ministerio de 12 de diciembre de 1989, hoy derogada pero aplicable en el momento de celebración del contrato -y a efectos interpretativos en el presente pleito-, que establece en su ordinal quinto que *“En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos”*. En el presente supuesto se incluye en el clausulado general del contrato de adhesión que ofreció la parte actora al demandado la expresa previsión de una comisión de gestión de reclamación de impagados de 35 euros por cuota. Amén del carácter extraordinariamente desproporcionado de la comisión en cuestión (...), tal comisión se ha aplicado de manera automática y sin que la entidad actora haya realizado ningún tipo de gestión efectiva para reclamar tales impagos. No figura en la prueba obrante en autos ni una sola evidencia de una sola gestión ante los impagos, ni individual respecto de cada cuota impagada, como procedería para poder aplicar la comisión de gestión incluida en el contrato, ni tampoco global por todas las cuotas impagadas. Se estima, por ello, el recurso de apelación en cuanto al carácter abusivo de la comisión de gestión de reclamación de impagados, declarándose nula la misma, que debe tenerse por no puesta en el contrato, por lo que procede reducir la cantidad de principal debida por el demandado a la parte actora en cuanto al importe correspondiente a tales comisiones”



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/24



Sentado lo anterior, en el presente supuesto no se ha conseguido probar su aplicación, pues ninguna prueba documental, más allá de las escrituras de préstamo hipotecario han aportado la parte actora, por lo que se podrá declarar nula por abusiva y sufrirá consecuencias jurídicas de eliminación y expulsión de la escritura, pero no económicas pues no existe evidencia de que se haya aplicado al supuesto que nos ocupa en aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La mentada cláusula debe ser declarada nula toda vez que es abusiva y causa un desequilibrio entre las prestaciones de las partes en el contrato en perjuicio del consumidor, por lo que de conformidad al artículo 83.1 del TRLGDCU, se declara nula de pleno derecho, teniéndose por no puesta.

SEXTO.- No se dan motivos para hacer una expresa imposición de las costas causadas, por lo que se declaran de oficio, al producirse una estimación parcial de la Demanda.

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

F A L L O

SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por lo que:

1. SE DECLARA la nulidad de las cláusulas suelo relativa a la limitación del tipo de interés variable introducida en la escritura antes expuesta en el doc. 2 de fecha 12 de junio de 2008, que se tienen por no puestas desde el momento de celebración del mismo, y **SE CONDENA** a la entidad citada abonar a la actora las cantidades que ésta haya abonado de más en aplicación de dicha cláusula desde el momento de celebración del contrato, lo cual se determinará en ejecución de sentencia de conformidad con el cuerpo de esta resolución; tal cantidad se verá incrementada en el interés legal de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha en que se efectuó su pago por el consumidor hasta la fecha de la presente sentencia, y desde ésta hasta el completo pago el establecido en el artículo 576 de la LEC.

2. SE DECLARA LA NULIDAD de las cláusulas de **interés de demora** (dos octavas), del apartado de **comisión por posiciones deudoras** (en las dos cláusulas cuarta.5º), y **vencimiento anticipado** (novena y novena.bis) antes expuestas, en los términos que se señalan, subsistiendo el resto del contrato en todo lo no afectado por las cláusulas y los apartados de la cláusulas declarados nulos

Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de 20 días hábiles contados desde el día siguiente a su notificación, siendo competente para su resolución la Excm. Audiencia Provincial de Almería.

Así, por esta mi Sentencia, la pronuncia, manda y firma, D. Juan Santiago Rodríguez Ruiz-Rico, Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para Almería, en el Juzgado de Primera Instancia nº7 BIS de los de Almería.



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es *****=	PÁGINA	23/24



*****=



PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr./Sra. MAGISTRADO/JUEZ que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia doy fe.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



Código Seguro de verificación:*****=, 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	***** 22/10/2019 10:12:39	FECHA	22/10/2019
	***** 22/10/2019 20:05:57		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/24

*****=

