



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

NOTIFICADO 18-01-2019
FERNANDO LEPIANI VELAZQUEZ

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Estadio Carranza Fondo Sur. 1ª Planta
Horario atención : de 10 a 14 horas
Tlf.: 662978436- 662978489. Fax: 956,011701
NIG: 1101242M20150000766
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 929/2015. Negociado: V
Sobre:
De: D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr./a.: FERNANDO LEPIANI VELAZQUEZ
Letrado/a Sr./a.:
Contra D/ña.: CAJA RURAL DE JAEN
Procurador/a Sr./a.: [REDACTED]
Letrado/a Sr./a.:

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz

Procedimiento: Juicio Ordinario número 929/2015

En Cádiz, a veinte de diciembre de dos mil dieciocho

Dña. Laura Alonso Martín, Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Andalucía, provincia de Cádiz, actuando en funciones de refuerzo en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos sobre nulidad de condiciones generales de la contratación número 929/2015, promovidos a instancia de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED] representados por el Procurador de Tribunales D. Fernando A. Lepiani Velázquez y actuando bajo la dirección Letrada de D. José Luis Ortiz Miranda, contra la entidad CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO representada por la Procuradora de Tribunales [REDACTED] y actuando bajo la dirección Letrada de [REDACTED], dicta la presente

SENTENCIA Nº 707 /2018

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de abril de 2015 se presentó por el Procurador de Tribunales D. Fernando A. Lepiani Velázquez en nombre y representación de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED] demanda de juicio ordinario contra la entidad CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO por la que se solicitaba el dictado de Sentencia por la que: *1. Declare la nulidad por tener el carácter de cláusula abusiva y/o por falta de transparencia de la siguiente*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



condicion general de la contratación inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 14 de marzo de 2008 sobre la que constituye su vivienda habitual: 1. Cláusula suelo [...]. Tercera 3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. [...]; 2. Condene a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condicion general de la contratación del mencionado contrato de préstamo hipotecario sin costes para mi patrocinada; 3. Condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha de 9 de mayo de 2013, fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo declarando nulas las cláusulas suelo [...], más el correspondiente interés legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil; 4. Condene en costas a la parte demandada, con expresa imposición.

SEGUNDO.- Por Decreto de 26 de mayo de 2015 se admitió a trámite la demanda, emplazándose a la demandada para que en el plazo de veinte días hábiles procediera a su contestación, cuyo escrito fue presentado por la entidad en fecha de 30 de junio de 2015 y por el que se solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Por Diligencia de Ordenación de 1 de septiembre de 2015, se tuvo por contestada la demanda, citándose a las partes al acto de la audiencia previa para el día 10 de noviembre de 2016, fecha en la que tuvo lugar con el resultado que es de ver en autos y en la que se procedió a fijar día para la celebración del juicio.

CUARTO.- El día finalmente señalado se celebró el acto del juicio, con la práctica de la prueba que había sido previamente propuesta y admitida en el acto de la audiencia previa, consistente únicamente en la reproducción documental y la testifical de D. [REDACTED], dada la renuncia de la parte proponente a la práctica de los interrogatorios de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED].

Una vez finalizada la práctica de la prueba, se concedió la palabra a ambas partes para la formulación de conclusiones, quedando posteriormente los autos conclusos para el dictado de Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de estos autos, se han observado todos los preceptos legales, salvo el cumplimiento de los plazos procesales, dado el volumen de asuntos que pesan sobre este Juzgado en funciones de refuerzo y la necesidad de atender asuntos preferentes. Sirva este Antecedente de atenta disculpa a las partes intervinientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acción ejercitada. Posición de las partes. La parte actora solicita la declaración de nulidad de la cláusula suelo regulada en la estipulación Tercera Bis, ordinal 3) del préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada y elevado a público en fecha de [REDACTED] de 2008 ante el Notario D. [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] (documento número 1 de la demanda), al entender que la misma



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



es abusiva y no cumple con los requisitos jurisprudenciales fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. De forma acumulada a la petición anterior, instó finalmente que se restituyese a los actores en las cantidades que se hubieran cobrado de forma indebida por la demandada en aplicación de la cláusula suelo con efectos desde la constitución del préstamo y con imposición de los intereses legales devengados.

La demandada se opuso a la reclamación de nulidad de la cláusula de limitación a los tipos de interés efectuada de contrario, con solicitud de la desestimación íntegra de la demanda por los siguientes motivos: en primer lugar, excepcionó falta de legitimación activa, al afirmar que el carácter especialmente cualificado de los prestatarios impedía apreciar cualquier tipo de desconocimiento o desinformación; en segundo lugar, alegó que la cláusula fue especialmente negociada con los accionantes y cumple con los requisitos de transparencia, siendo los actores perfectos conocedores de su existencia y efectos; en tercer lugar, negó la abusividad de la cláusula limitativa; y, por último, concluyó que no procedía la declaración de nulidad de la cláusula ni la fijación de efectos retroactivos.

SEGUNDO.- Antecedentes jurisprudenciales. Antes de entrar en el análisis de la cuestión objeto de este litis, esto es en esencia, si la cláusula suelo es o no abusiva, conviene recordar brevemente, cuál era el escenario anterior al dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y las consecuencias jurídicas derivadas del dictado de la mencionada Sentencia, la cual ha supuesto un hito importante no sólo por la trascendencia e importancia del contenido de su resolución sino también, por la flexibilidad que introduce en el proceso declarativo civil cuando una de las partes es un consumidor, atemperando de esta forma, los efectos de los principios dispositivos y de *a instancia de parte* que marcan el proceso declarativo civil tal como había sido entendido hasta ahora (Ordinal número 126).

De esta forma, antes del dictado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, los juzgados mercantiles habían venido resolviendo la misma cuestión de manera muy heterogénea e incluso confusa, dando lugar a pronunciamientos de lo más diverso: muchas Sentencias consideraban que se trataba de una condición general de la contratación al ser cláusula impuesta, por lo que declaraba su nulidad por falta de reciprocidad de prestaciones en función de los porcentajes fijados para el suelo y el techo (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 19 de marzo de 2013); otras, declaraban su nulidad si se acreditaba vicio en el consentimiento en aplicación de la normativa civil; algunas consideraban su naturaleza como cláusula general de la contratación pero negaban su abusividad por el hecho de existir suelo en los préstamos hipotecarios; e incluso, se dieron pronunciamientos que negaban directamente que estuviéramos ante una condición general al formar parte del precio y por tanto, no se podía entrar en el análisis de la abusividad.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 que resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona, supuso una modificación total al declarar que la regulación española del proceso hipotecario no se ajustaba a la normativa europea al no proteger



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



suficientemente al consumidor, recordando el deber del juez nacional de otorgarle protección, pudiendo entrar a examinar de oficio aquellas cláusulas que considere abusivas aunque no se le hubieren invocado por la parte. Inspirada en esta doctrina, se dictó en fecha de 9 de mayo de 2013, la tan mencionada Sentencia del Tribunal Supremo que concluyó, a modo de resumen, que la cláusula suelo sí tiene la consideración de condición general de la contratación al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y que, aunque afecte al objeto principal del contrato, puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez al no formar parte del elemento esencial del mismo. Asimismo, y aun determinando que la cláusula suelo es lícita, añadió que se podía declarar su abusividad por falta de transparencia, apreciable de oficio. Por tanto, según el Tribunal Supremo, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato; y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía y era consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación (Ordinal número 225). En términos coincidentes, se han pronunciado diversas Sentencias posteriores dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2014 y más recientemente, en marzo de 2015 y diciembre de 2015.

Por todo lo expuesto, a los efectos del presente procedimiento, procede analizar los elementos definitorios que han sido previamente puestos de manifiesto de forma resumida con referencia a la doctrina jurisprudencial aplicable y su correlación con el caso de autos, los cuales vienen referidos fundamentalmente a los siguientes:

- Condición de consumidores de los prestatarios (Fundamento de Derecho Tercero)
- Naturaleza de condición general de la contratación (Fundamento de Derecho Cuarto)
- Transparencia (Fundamento de Derecho Quinto)
- Cláusulas suelo: sometimiento a control (Fundamento de Derecho Sexto)
- Abusividad (Fundamento de Derecho Séptimo)
- Consecuencias jurídicas de la nulidad (Fundamento de Derecho Octavo)

TERCERO.- Condición de consumidores. Previo a examinar el concepto de condición general de la contratación y a efectos puramente clarificadores, debe de tenerse presente que el artículo 2 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, regula el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, señalando que: *1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.*

Por lo tanto, una vez sea afirmado el carácter de consumidores de los prestatarios, al que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Noveno relativo a la valoración



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



concreta del caso de autos, resultarán de aplicación las disposiciones del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU), así como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a cuyo contenido se hará referencia con posterioridad. Establece el artículo 3 TRLCU 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 o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, incluyéndose en el concepto a todas las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.* Por contra, es empresario, conforme al artículo 4, *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.* A todo lo anterior, se le añade que, en el caso de los contratos con doble finalidad, esto es, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. En este mismo sentido, concluye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 26 de enero de 2012, que *consumidor es aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene 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.*

CUARTO.- Concepto de condición general de la contratación. Imposición. Las condiciones generales de la contratación son definidas en el artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), Ley 7/1998, de 13 de abril, como aquellas *cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato fuese 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 otra circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos;* matizándose en el apartado segundo que: *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.* Así, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su Ordinal número 137, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*
- b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

- c) *Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*
- d) *Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.*

Asimismo, determina el Ordinal número 138 de la misma Sentencia que: *De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".*

Respecto de la imposición de la condición general por una de las partes, bien es cierto, que el artículo 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por tal imposición, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor, *se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión* (Punto número 147 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). De esta forma, el Tribunal Supremo delimita en los párrafos siguientes al antedicho, los elementos que deben ser tenidos en cuenta para apreciar si las cláusulas objeto de examen pueden ser consideradas como condiciones generales de la contratación, afirmando que: *El carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos";* añadiéndose que, *cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar;* por lo que se entiende a los efectos de la tutela de los consumidores que *las cláusulas contractuales prerredactas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente, cuando nada ni nadie evita al cliente la inserción de la cláusula suelo y techo. Ahora bien, matiza el Tribunal Supremo que la "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que, ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección. Por el mismo motivo, no excluye el carácter impuesto ni, por tanto, la naturaleza de condición general de la contratación, el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial, particularmente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, ya que su regulación se entiende con independencia de lo dispuesto en las leyes que regulen la protección a los consumidores.

Por todo lo expuesto, la consideración como condición general de la contratación entraña, a tenor del artículo 1 de la LCGC, que se trate de cláusulas predispuestas (previamente redactadas antes de negociar cada contrato concreto al que luego se van a incorporar), destinadas a servir para una pluralidad de contratos (vocación de generalidad tendente a disciplinar de modo uniforme diversos contratos) y cuya incorporación haya sido impuesta por una parte (por iniciativa exclusiva del predisponente) a la otra adherente (que o se pliega a ellas o tiene que renunciar a contratar). Se trata, por lo tanto, en sentido negativo, de cláusulas no negociadas individualmente (lo que no entraña su ilicitud, al tratarse, en principio, de un mecanismo legítimo, propio de la oferta en masa, que el empresario puede diseñar al amparo del principio de libertad de empresa), lo cual no supone la equivalencia con falta en el consentimiento del adherente, sino que dicho consentimiento se limita a aceptar el clausulado propuesto por el predisponente, como condición necesaria para obtener el bien o servicio que desea, y que la contraparte le ofrece. Es decir, los contratos con condiciones generales no excluyen por completo la existencia de autonomía de la voluntad, si bien la misma se ve matizada o limitada, ya que el adherente se limita a aceptar, o no, el contenido contractual propuesto por el predisponente, sin que pueda influir en su determinación, lo que sí implica la asimetría de la posición de una y otra parte, pero no conlleva necesariamente su desaprobación por nuestro ordenamiento jurídico, si bien hace necesaria la implantación de una serie de mecanismos de especial protección para el adherente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que éste se aproveche, injustamente, de tal situación. En este sentido, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (Ordinal número 140), *el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



contratos celebrados por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, fue determinante para que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, como declara la Exposición de Motivos de la LCGC, de restablecer, en la medida de lo posible, la igualdad de posiciones, ya que la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello, la ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual. De esta forma, es un hecho innegable, en la forma y efectos que se expondrán a continuación, que cuando el contrato se celebra entre un empresario o profesional y un consumidor, dicha desigualdad es aún más patente, pues, como ha indicado, reiteradamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la mencionada Directiva, el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro; 4 de junio de 2009, Pannon GSM; 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè; 26 abril de 2012, Invitel; 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG). Este es, precisamente, como también se ha encargado de señalar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las resoluciones citadas, el fundamento del sistema de protección a los consumidores diseñado por la citada Directiva y recogido por el artículo 8.2 de la Ley 7/1998, es decir, de la protección del consumidor frente a posibles cláusulas abusivas, no el hecho de que no hayan sido en absoluto conocidas o consentidas por éste (lo que sería objeto de otro tipo de control, el de incorporación, o no, de la cláusula al contrato, filtro que han de superar todos los contratos, con condiciones generales o no, y no sólo los celebrados con consumidores), sino la situación de especial desventaja o desequilibrio del mismo frente al empresario o profesional, que éste podría aprovechar para configurar el contenido del contrato de forma injustamente perjudicial para aquél.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo afirma que *es un hecho notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar*, entre los que se incluyen los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados, concluyendo de hecho que la citada Orden Ministerial de 1994 parte de que *el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a las prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura* (Ordinales números 156 y 157).



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/42
 unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



Por último, añade la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 respecto de la carga de la prueba en supuestos como el presente, que: *aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predisuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla, toda vez que aunque no hubiera norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, sería imposible para el consumidor demostrar un hecho negativo, como es la ausencia de negociación, configurada por la Jurisprudencia como prueba imposible o diabólica, que como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo número 44/2012, de 15 de febrero de 2012, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.*

QUINTO.- Requisitos de transparencia. Apreciado el carácter de condición general de la contratación de una cláusula y aun afirmándose que se refiera al objeto principal del contrato, ello no quiere decir que no deba someterse a los controles de validez establecidos por el ordenamiento jurídico y en particular al control de transparencia para la protección de los consumidores, al que se ha hecho referencia con anterioridad y cuyo fundamento último, reside en la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, que se impone a los poderes públicos por disposición del artículo 51 de la Constitución Española. Bien es cierto que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que establece que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*, impediría someter a control de abusividad los elementos esenciales del contrato, entre los que se incluye el precio y que en un contrato de préstamo como el que nos ocupa y del cual se realizará un análisis posterior pormenorizado, es el tipo de interés; sin embargo, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había determinado con anterioridad en su Sentencia de 3 de junio de 2010, que el artículo 4.2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que *no se opone a que la normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, de un lado, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida aunque las cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*, de otro; es decir, no existe oposición a que la normativa interna de los Estados miembros sea más estricta, en cuanto a la protección de los consumidores que la propia Directiva, en idéntico sentido al que fue matizado por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en Sentencias de 1 de julio de 2010, 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010.

En conclusión, 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



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



sistema no las someta al control de transparencia que se configura doblemente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, de la siguiente forma: en primer lugar, en lo referido a los efectos de incorporación del clausulado al contrato y, en segundo lugar, en el control de comprensibilidad real de la importancia de la cláusula concreta en el marco contractual:

- Respecto del primer control, esto es, en lo que se refiere a la transparencia a los efectos de incorporación del contrato, debe tenerse en consideración que tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.5 LCGC que regula que *la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*, estableciendo el artículo 7 LCGC que: *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.* De esta forma, concluye el Tribunal Supremo que en aplicación de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (vigente hasta el 29 de abril de 2012), que regulaba el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comenzaba por la entrega al solicitante de un folleto informativo, seguía con una oferta vinculante que incluyera las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, formalización del préstamo en escritura pública, con obligación del notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja, dicho proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores garantizaría razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor (Ordinales números 201 a 203).
- En segundo lugar, como ya se ha indicado con anterioridad, una vez analizado que las condiciones superan el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores. De esta forma, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que [...] *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*, disponiéndose en el artículo 5 que *en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible, a lo que se añade, como ya se ha hecho referencia con anterioridad, que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*. Es decir, en la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible (Ordinales números 206 y 207 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013). De esta forma, establece el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; 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. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura; y c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. 2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor; lo que lleva a concluir que, tal y como expresa la Sentencia citada, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (Ordinal número 210). Esto es, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. 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



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/42
			
unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Por lo tanto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/13, de 9 de mayo, considera, al igual que hacía la Sentencia número 406/12, de 18 de junio, que en tales casos, el control de abusividad de la cláusula depende de la inexistencia de transparencia, que define como el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, y que es obligatorio que la cláusula en cuestión pueda considerarse incorporada al contrato y exista consentimiento válido que identifica, con el conocimiento por el consumidor, la existencia y contenido de la cláusula sin que haya mediado error o dolo.

A los efectos de poder examinar si la cláusula objeto de debate cumple con el requisito exigido de transparencia, la propia Sentencia de 9 de mayo de 2013 establece una serie de criterios que deben de tenerse en consideración: De esta forma, *no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro, máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante, y asimismo, debe de garantizarse 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* (Ordinales números 212 y 213). En idéntico sentido, se había pronunciado previamente la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacando que el contrato debía exponerse de manera transparente [...] *de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...].*

Por todo lo expuesto, es importante recalcar que, dado el contenido del deber de transparencia de la entidad bancaria, con arreglo a los criterios examinados, no basta el cumplimiento de requisitos meramente formales, como la lectura de la escritura pública o la entrega de oferta vinculante, ni la claridad de la cláusula desde el punto de vista gramatical, sino que ha de cumplirse el objetivo de que el consumidor quede plenamente informado, tal y como se han encargado de señalar no sólo la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/13, sino también su auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 y las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015.

SEXTO.- Cláusulas suelo: concepto y sometimiento a control. Analizando de forma más concreta el concepto de cláusula suelo, cuyo efecto es fijar un límite mínimo al interés variable, debe de concluirse, en idéntico sentido al puntualizado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que no son intrínsecamente ilícitas, ya que la cláusula suelo es uno de los instrumentos de cobertura ante los riesgos de fluctuación del índice de referencia de los tipos de interés, en este caso el EURIBOR, de cierta relevancia en la actualidad en que este índice ha bajado considerablemente en relación con el



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



existente a la fecha del contrato. Como tal instrumento es lícito y su incorporación a un contrato de préstamo no se vería afectada por causa de nulidad si fuera consentida y pactada entre las partes y el desequilibrio que pudiera generar por sí solo se viera compensado por otros mecanismos (mayores o menores porcentajes en los diferenciales, ausencia de comisiones por vencimientos anticipados o recíproca cláusula techo), todo ello previa y claramente detallado, informado y pactado (en este sentido, se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona de 12 de septiembre de 2011). Concreta la referida Sentencia del Tribunal Supremo en sus ordinales números 256 a 259 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. No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo [...]. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta [...].* En efecto, la mencionada cláusula proporciona estabilidad a las entidades bancarias, permitiéndoles recuperar los costes invertidos para ofrecer el producto (préstamo hipotecario), lo cual no se duda que sea de interés público (también beneficiaría, en principio y dependiendo de las circunstancias, al consumidor, pues permite, en general, bajar los tipos y ampliar los plazos), e incluso razonable desde el punto de vista económico, y, en sí, perfectamente legítimo. Así lo corrobora el informe del Banco de España, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, número 457, de 7 de mayo de 2010.

Despejadas las dudas sobre la naturaleza de las cláusulas referidas a la variación de los tipos de interés (actualmente denominada cláusula suelo), respecto de las que el propio Tribunal Supremo en su Sentencia número 241/2013 ha afirmado su carácter de condiciones generales de la contratación en los términos previamente expuestos (Ordinales número 178), y una vez asentado que dichas cláusulas se refieren al objeto principal del contrato, cumplen una función definitoria o descriptiva esencial y forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario (Ordinales números 189 y 190); ello no quiere decir que no deban someterse a los controles de validez establecidos por el ordenamiento jurídico y en particular al doble control de transparencia para la protección de los consumidores. En el análisis que el Tribunal Supremo realiza en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre las denominadas cláusulas suelo y sus particularidades, concluye en sus ordinales números 217 a 222 que, suelen adolecer de falta de información, toda vez que *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*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/42
 unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



bajadas del tipo de referencia. Es decir, 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. 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. 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. A todo lo anterior, añade que el Informe del Banco de España (IBE) publicado en el BOCG, Senado, número 457, de 7 de mayo de 2010, en su apartado 3.2 al regular las causas del uso de acotaciones a la variación, expone las dos razones alegadas por las que las entidades entrevistadas para justificar la aplicación de las cláusulas con acotaciones, sus umbrales o su activación de tipos. Indica que las 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 [...]. Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les daban un tratamiento impropriamente 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. 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.

Por todo lo expuesto, concluye el Tribunal Supremo 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. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. En definitiva, se afirma la falta de transparencia de las cláusulas objeto de análisis, por cinco razones fundamentales:*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



- a) *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) *Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) *No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*
- d) *No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*
- e) *En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.*

SEPTIMO.- Abusividad. Desequilibrio y buena fe. Llegados a este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 entra a analizar los requisitos que deben tenerse en consideración para que una cláusula pueda ser declarada abusiva (Ordinales números 229 a 246), partiendo de la base de que *una cláusula sea clara y comprensible no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.* Debe de señalarse que para valorar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula hay que referirse al momento en el que se suscribe el contrato, con valoración de todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el artículo 4.1 de la Directiva 93/13: [...] *el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa;* y el artículo 82.3 TRLCU que dispone que *el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.* Por lo tanto, se exige que, 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 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 y el resto de circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o del que éste dependa.



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



Por lo expuesto, el elemento central viene referido a la generación de un perjuicio para el adherente, en correlación con la normativa contenida en la LCGC que exige que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, en la forma en la que se dispone en su artículo 8.1 a cuyo tenor: *Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención;* completándose la redacción con el apartado 2 que establece que: *en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,* cuya referencia debe entenderse hecha al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), sustituye y deroga a la mencionada ley. A lo anterior, se añade que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 dispone que: *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato;* y a su vez el artículo 82.1 TRLCU dispone que *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.*

Para la valoración del desequilibrio, el elemento de partida, es la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales, en aplicación del considerando decimotercero de la Directiva 93/13 según el cual: *La naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;* en idénticos términos a los que se dispone en el artículo 82.3 TRLCU que establece que *el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato [...].;* no siendo necesario que entrar a valorar si el empresario ha cumplido o no la totalidad de las prestaciones, ya que *el desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos.*

Además, a los efectos de declaración de abusividad se exige la falta de cumplimiento por la entidad de las exigencias de la buena fe que conlleva el desequilibrio y que, ante la falta de regulación concreta sobre la materia, el Tribunal Supremo las proyecta *sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.* En este sentido apunta la STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



buena fe, en el apartado 68 afirma que: [...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

En consecuencia, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas, contratos de préstamos hipotecarios a interés variable, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, ya que dependiendo de su contenido pueden dar cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia tuvieran las oscilaciones a la baja, frustrando 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.

OCTAVO.- Efectos de la declaración de nulidad: Mantenimiento del contrato de préstamo hipotecario sin la aplicación de la cláusula declarada nula y restitución de cantidades indebidamente percibidas por la entidad por dicho concepto. Respecto de los efectos de la declaración de nulidad, debe de tenerse en consideración, en primer lugar, que cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir. A tal efecto, el artículo 9.2 LCGC, dispone que: *La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.* Asimismo, si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC se dispone que: *La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.* En conclusión, referidas las cláusulas suelo al objeto principal del contrato, su declaración de nulidad no



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



comportaría la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que no supone la imposibilidad de su subsistencia sin su aplicación.

En segundo lugar, debe analizarse si para el caso de declaración de nulidad de la mencionada cláusula suelo, procede por la entidad demandada la devolución a los actores de los intereses que por dicho concepto han sido abonados a la entidad, como una consecuencia directa más de la propia declaración de nulidad de la cláusula enjuiciada. Sobre la base fijada en el párrafo anterior y puesto que el pronunciamiento de nulidad tiene carácter declarativo y no constitutivo, no cabe sino entender que la cláusula nunca debió aplicarse, lo que resulta lógico si atendemos al contenido del artículo 1303 del Código Civil que establece expresamente 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, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*, que se refieren a supuestos no aplicables al presente caso. En este punto, debe destacarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de señalar que, a pesar de que no haya sido solicitado por la partes, debe el tribunal pronunciarse sobre los efectos restitutorios de la nulidad declarada, en idénticos términos a los que fueron finalmente solicitados por la parte actora en el acto del juicio y aceptados por la demandada (Sentencias de 26 de junio de 1946, 11 de junio de 1971, 23 de octubre de 1973, 22 de noviembre de 1983, 28 de febrero de 1989, 24 de febrero de 1990, 11 y 24 de febrero de 1992, 11 de febrero de 2003, 27 de octubre y 22 de noviembre 2006 y 8 de enero de 2007, entre otras), dado que la obligación de restitución no nace del contrato sino de la ley (Sentencias de 24 de marzo de 2006 y de 22 de mayo de 2006). En este sentido, cabe citar expresamente por su claridad la Sentencia 1385/2011 de 23 de noviembre en la que el Alto Tribunal citando algunas de las resoluciones anteriores constata que: *para hacer efectivas las consecuencias restitutorias de la declaración de ineficacia de un contrato ejecutado, íntegramente o en parte, y para impedir, en todo caso, que queden a beneficio de uno de los contratantes las prestaciones que del otro hubiera recibido, con un evidente enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia (...) considera innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, en cumplimiento del principio "iura novit curia" y sin incurrir en incongruencia, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de ineficacia*. Señalando posteriormente que *esta doctrina es aplicable cuando el contratante hubiera omitido reclamar la restitución del precio y, también -argumento "a maiore ad minus"-, cuando, habiéndolo reclamado, no hubiera hecho referencia expresa a los intereses del mismo*.

Llegados a este extremo, debe ponerse de manifiesto que ha existido una importante discusión en la materia sobre los efectos retroactivos de la nulidad, que nace a raíz de la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo, ya que hasta el dictado de la referida resolución, la mayoría de la jurisprudencia se inclinaba en el sentido de acordar la restitución de todas las cantidades percibidas por el banco en aplicación de la cláusula considerada nula, de suerte que el consumidor quedaba en la misma posición en la que estaría de no existir tal cláusula. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



mayo de 2013 descartó la aplicación retroactiva por, entre otros, los siguientes argumentos: *No obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)-, como lo evidencia el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pone coto a los efectos absolutos, inevitables y perpetuos de la nulidad y admite limitaciones al disponer que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". De esta forma, la Sentencia referida denegaba la eficacia retroactiva y la posibilidad de obtener la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en atención a la cláusula que se declara nula, señalando que: Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia, lo que determinó que los Juzgados y Tribunales que hacían aplicación automática de dicha doctrina a los juicios en los que se ejercitaba una acción individual de nulidad de las cláusulas suelo determinarán en sus Sentencias estimatorias que la entidad financiera solo debía devolver las cantidades que se cobraran en aplicación de la cláusula suelo a partir de la declaración de nulidad fijada en el fallo de la Sentencia.*

Sin embargo, con posterioridad al dictado de la tan mencionada y examinada Sentencia de 9 de mayo de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, con voto particular -al que se hará posterior referencia-, estableció como criterio jurídico-interpretativo que: *cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declara abusiva y por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013; señalándose expresamente en su Fundamento Jurídico Décimo que: Una vez expuesta la decisión de la Sala y diseccionada su motivación, se puede concluir 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. En el mencionado voto particular, se consideraba que debía otorgarse eficacia retroactiva a la nulidad de la cláusula de limitación a los tipos de interés variable más allá del 9 de mayo*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



de 2013, indicándose que estamos ante una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 junio 2012 (TJCE/2012/143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter "ex tunc", esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descarta su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva.

En este sentido, no puede olvidarse que las Sentencias del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea son claras y contundentes cuando no permiten integrar la cláusula abusiva nula o moderarla. Concretamente la sentencia de 14 de junio de 2012 en su parte dispositiva señaló que: *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.* A este respecto el parágrafo 69 de dicha sentencia estableció que: *pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, 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 (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.* Tan importante ha sido esta doctrina, que el legislador se vio obligado a



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



modificar 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 por Ley 3/2014, de 27 de marzo suprimiendo esa facultad moderatoria. Es decir, si se permitiese esa retroactividad débil o limitada, se estaría contraviniendo la doctrina del TJUE que interpreta la Directiva 93/13/CEE, ya que el Tribunal es terminante cuando prohíbe modificar el contenido de la cláusula abusiva porque no impediría que los profesionales siguieran aplicando cláusulas de tal carácter abusivas, dado que el único peligro sería que la cláusula se pudiera integrar o reducir con el resto del contrato. Por lo tanto, la supremacía del derecho europeo y la vinculación de los Jueces nacionales a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto que los Jueces nacionales actuamos como Jueces comunitarios garantes del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía. Sentado lo anterior, conforme al principio de competencia, si el derecho aplicable nacional tiene un vínculo de conexión relevante, como es el caso, con el derecho de la UE debe aplicarse conforme a la normativa europea y la interpretación de la misma realizada por el TJUE, y no conforme a la normativa interna o la interpretación de la misma realizada por nuestros órganos jurisdiccionales. La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo otorgarle vigencia limitada. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula.

A todo lo anterior, se añaden las consecuencias fijadas en la definitiva Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C 154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C 307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C 308/15, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula declarada abusiva, en la que se considera que el Derecho de la Unión se opone a la jurisprudencia nacional, en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula, ya que tal limitación da lugar a una protección de los consumidores incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas. El Tribunal de Justicia recuerda que, según la Directiva, las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas. A su vez, el Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor, por lo que, la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por consiguiente, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo debe permitir la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor. Conforme a estas consideraciones, el TJUE concluye que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	21/42
			
unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



no podrá tener efectos frente al consumidor y, por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. En este sentido, procede fijar las conclusiones que el TJUE alcanza en atención a las anteriores consideraciones:

66. *Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva.*
67. *En el caso de autos, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, a la que hacen referencia los órganos jurisdiccionales remitentes, el Tribunal Supremo determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia y que, por consiguiente, en virtud del principio de seguridad jurídica, los efectos derivados de tal declaración, especialmente el derecho del consumidor a la restitución, quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de aquella fecha.*
68. *A este respecto, es verdad que el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En este sentido ha declarado, en particular, que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37). De ello se deduce que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, que esta última no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada.*
69. *Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (sentencia de 6 octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 41).*
70. *No obstante, es preciso distinguir la aplicación de una regla procesal, como es un plazo razonable de prescripción, de la limitación en el tiempo de los efectos de la*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/42
unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



interpretación de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU:C:2010:193, apartado 30 y jurisprudencia citada). A este respecto, procede recordar que, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Barra y otros, 309/85, EU:C:1988:42, apartado 13).

71. *Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores.*
72. *Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*
73. *De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional, como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).*
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*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	23/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



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).

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

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara que: *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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. Por todo ello, en el caso de que se declare la nulidad de la cláusula enjuiciada, procederá la devolución a los prestatarios de todas las cantidades que por la entidad bancaria se hayan cobrado en aplicación de la denominada cláusula suelo, una vez superada la limitación a la retroactividad en los términos que han sido desarrollados en los párrafos precedentes.*

NOVENO.- Análisis de la cláusula de limitación a los tipos de interés variable.

Una vez desarrollados todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 para la declaración de nulidad de la actualmente denominada cláusula suelo/techo, objeto de autos, procede examinar el caso concreto. Solicita la parte actora que se declare la nulidad de la cláusula de limitación inferior a los tipos de interés variable fijada en el 3,00% que consta regulada en la estipulación Tercera Bis, ordinal 3) del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada y elevado a público en fecha de 14 de marzo de 2008 ante el Notario D. Iñigo de Loyola Romero de Bustillo con número de protocolo 878 (documento número 1 de la demanda), al entender que la misma es abusiva y no cumple con los criterios jurisprudenciales fijados para afirmar su validez, con condena de la demandada a devolver a los prestatarios las cantidades que hubieran sido cobradas de más por dicho concepto con efectos desde su primera aplicación. A dichas pretensiones, se opone la demandada al entender que la cláusula era conocida por la parte actora de quien destaca su carácter especialmente



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/42
 unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==			



cualificado, cumple los requisitos de transparencia al ser clara y comprensible y no es abusiva al no causar desequilibrio entre las prestaciones derivadas del contrato ni perjuicio a los consumidores, sin que, en consecuencia, sea procedente su declaración de nulidad ni la fijación de efectos económicos retroactivos:

- En primer lugar, siguiendo idéntico orden al que se ha fijado en los Fundamentos de Derecho precedentes, debe de tenerse en consideración en los términos indicados en el Fundamento Tercero de la presente resolución, que no ha sido un hecho discutido en el procedimiento la **condición de consumidores de los prestatarios** -sin perjuicio de que deba ser analizada de forma separada su especial cualificación a los efectos de estudio del cumplimiento por la entidad de los requisitos de transparencia-, al haber sido solicitado el préstamo objeto de litis en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional, en la forma en la que se constata del examen de la documental presentada al proceso por ambas partes procesales (documento número 1 de la demanda y documentos números 2.a) y 2.b) de la contestación a la demanda), concluyéndose que el destino del préstamo fue la *adquisición de vivienda*.

Asimismo, a efectos clarificadores, habiéndose significado por la demandada la falta de legitimación activa sobre la base del carácter cualificado de ambos prestatarios al alegar que la Sra. [REDACTED] es Registradora de la Propiedad y el Sr. [REDACTED] oficial de Registro, debe concluirse que el hecho de que los prestatarios sean juristas o Licenciados en Derecho no impide el ejercicio de la acción judicial entablada ni exonera a la demandada de cumplir con su deber de explicar e informar sobre las concretas condiciones financieras del préstamo a sus clientes, toda vez que los accionantes no intervinieron en la contratación del préstamo en el marco de su actividad profesional, sino como particulares. Como es natural, estas afirmaciones sobre el carácter cualificado de un consumidor no solo se han dado en España, siendo interesante, a estos efectos, indicar como resuelve la cuestión el Tribunal Supremo alemán, al concluirse por el *Bundesgerichtshof* en Sentencia de 22 de marzo de 2011 tras mencionar normas de la Unión Europea también transpuestas en España, que: *En contra de lo sostenido por el Tribunal de Instancia en este contexto no es relevante la participación por parte de la demandante de una licenciada en economía. Este Tribunal Supremo Federal ha afirmado en varias ocasiones que la cualificación profesional del cliente no basta para deducir los conocimientos y experiencias en relación con productos financieros, siempre que no existan evidencias concretas de que hayan sido adquiridos materialmente dentro del ejercicio de su actividad profesional, extremo que no ha sido demostrado por el Tribunal de instancia [...].* Es más, sobre dicha cuestión, puesta en relación con el carácter de consumidor de un prestatario, también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente Sentencia de 3 de septiembre de 2015 que fija en su ordinal número 27, en lo que aquí interesa, que: *En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	25/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

Por lo tanto y como ya se ha expuesto previamente, no queda desvirtuado el carácter de consumidor de los prestatarios por la cualificación profesional que pueda o pudiera concurrir en los mismos, sin perjuicio del análisis que proceda realizar en cuanto el cumplimiento por la entidad de los requisitos de transparencia que le eran normativamente exigibles a la fecha de constitución del préstamo con garantía hipotecaria.

- En segundo lugar, debe hacerse mención al carácter de **condición general de la contratación** de la denominada cláusula suelo -en este caso, también cláusula techo-, en los términos ya referenciados en el Fundamento Cuarto, recordándose en este punto que la carga de la prueba de la negociación individual le corresponde al predisponente, conforme al artículo 82.2 TRLGDCU, en idénticos aspectos a los examinados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y cuya exigencia, guarda íntima relación con el principio general del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido a la facilidad probatoria, toda vez que resulta mucho más sencillo a la entidad bancaria probar que la cláusula no fue predispuesta e impuesta por ella, es decir, que fue negociada individualmente con los consumidores (así, dicha entidad dispone de medios probatorios tales como la aportación de toda la negociación habida con los accionantes, la relación de otros contratos suscritos por la entidad con otros clientes en los que las condiciones sean totalmente diferentes, el testimonio de aquellos de sus empleados que se relacionaron con la parte actora a efectos de suscribir el contrato e incluso el interrogatorio de la propia contraparte), que a la parte adherente acreditar la ausencia de dicha negociación individual, como hecho negativo que es y que ha sido considerado por la jurisprudencia como *probatio diabólica*. A lo anterior, se añade que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido el carácter de condición general de contratación a las variadas estipulaciones incorporadas a las escrituras de préstamo hipotecario suscritas por las entidades financieras (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010), por lo que, incluso se podría considerar que dicha habitualidad es un hecho notorio, no necesitado de prueba, conforme al artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de la posibilidad de la entidad bancaria de acreditar que, en el caso concreto, sí existió negociación individual con los prestatarios.

Ahora bien, en el presente caso, una vez valorada de forma conjunta la prueba practicada en el acto del juicio consistente en la reproducción de la documental aportada por ambas partes procesales y la testifical del Sr. Castillo, debe concluirse que no se ha probado por la entidad bancaria, ni siquiera mínimamente, que la



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	26/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



estipulación relativa al límite del tipo de interés variable fuese individualmente negociada con los clientes en el momento de ser introducida en el contrato de préstamo, en el sentido previamente exigido. De hecho, de la prueba practicada no se desprende que en la redacción de la cláusula interviniera para nada la voluntad de los prestatarios, no presentándose en la escritura ningún signo de ello, al corresponderse con la estructura de un contrato tipo de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda (documento número 1 de la demanda). A todo lo anterior, se añade que en varios Juzgados de España ya se han dictado multitud de Sentencias anulando cláusulas semejantes en su redacción a la examinada en este caso en procedimientos seguidos contra la entidad CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO por lo que es un hecho conocido que la mencionada cláusula era utilizada de forma generalizada por la entidad en sus préstamos hipotecarios, sin que existiera previa negociación con sus clientes.

En conclusión, se debe afirmar que nos hallamos ante una condición general de la contratación, al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con los clientes sino impuesta por el banco, debiendo insistirse en que el hecho de que no se incluya necesariamente en todos los contratos, en la medida en que son cláusulas prerredactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, permite mantener su naturaleza jurídica de condición general de la contratación a todos los efectos.

- En tercer lugar, una vez afirmada la naturaleza jurídica de la cláusula suelo como condición general de la contratación, debe entrarse a analizar si se cumplieron los requisitos de **transparencia** en la forma examinada y exigida por la Sentencia del Tribunal Supremo, en su doble vertiente, formal y material; sin que pueda olvidarse en este extremo, como ya se ha reproducido con anterioridad, que la mencionada Sentencia número 241/2013, concluye en relación con las cláusulas suelo, que, en general, adolecen de falta de transparencia, pues *pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, [...], 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. 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.* A lo anterior, se añade que las propias entidades otorgaban en la fecha de suscripción del presente préstamo un tratamiento secundario a las limitaciones a los tipos de interés, en la forma en la que consta en el propio informe del Banco de España publicado en el BOCG de 7 de mayo de 2010, previamente examinado, lo cual incide irremediamente en la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato. Todo ello, sin perjuicio de que como conclusiones generalizadas puedan ser superadas



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	27/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



por la prueba desplegada por la demandada en el acto del juicio, que acredite en cumplimiento del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que los consumidores fueron debidamente informados, llegando a entender las consecuencias de la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo.

Antes de analizar la doble vertiente del cumplimiento de transparencia, debe de indicarse que dicha cláusula suelo está regulada legalmente y así es reconocido por Informe del Banco de España de fecha 7 mayo de 2010, la citada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva número 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, la cual admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas; ello no impide entrar a valorar las circunstancias que le son propias, porque como ya se ha anticipado en palabras del propio Tribunal Supremo, tales normas no exigen al banco su inclusión sino que fijan el procedimiento que deben seguir para que la incorporación de dicha cláusula sea válida. Además, aun aceptando que la cláusula fue incorporada siguiendo tales requisitos, podrá determinarse que la cláusula supera el primer nivel de transparencia, pero no el segundo, esto es, qué información se le dio a los consumidores y si éstos eran conocedores de las repercusiones económicas y jurídicas de su aceptación y cuyas circunstancias exigen un estudio pormenorizado de la prueba efectivamente practicada en sede judicial en correspondencia con el principio de carga probatoria.

Por lo tanto, lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula limitativa al contrato de préstamo objeto de autos formalizado el 14 de marzo de 2008 ante el Notario D. Iñigo de Loyola Romero de Bustillo bajo el número de protocolo 878 (documento número 1 de la demanda). Cabe recordar nuevamente que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, a la que se ha hecho referencia anteriormente y que puede servir, en todo caso, de criterio orientador o interpretativo, regulaba el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, la cual exigía, en resumen, que el banco entregara a los clientes solicitantes del préstamo hipotecario un folleto informativo, le siguiese una oferta vinculante que incluyera las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), dándosele a los consumidores la posibilidad de examinar el proyecto de escritura durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formalizaba el préstamo en escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir a los clientes sobre las circunstancias del interés variable y, muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC.



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	28/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



Insiste la parte demandada en la claridad y sencillez de la cláusula a los efectos de incorporación al contrato, debiéndose poner de manifiesto que es cierto que de la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio, elevado a escritura pública el 14 de marzo de 2008 ante el Notario D. Iñigo de Loyola Romero de Bustillo al número 878 de su protocolo (documento número 1 de la demanda) y en particular, analizando la estipulación Tercera Bis que regula el *Tipo de interés variable*, en ordinal tercero se delimita la actualmente denominada cláusula suelo/techo, se puede concluir que la misma, leída de forma aislada y determinada, es clara y concreta, limitándose a señalar bajo el rotulo de *límites a la variación del tipo de interés aplicable* que: *No obstante la variación que aquí se pacta para el tipo de interés inicial, en ningún caso el tipo de interés aplicable al préstamo podrá ser superior al dieciséis por ciento nominal anual ni inferior al tres por ciento nominal anual. Si el cálculo efectuado según el criterio de variación prevista en esta estipulación resultara un tipo superior o inferior a los citados, se aplicarán éstos.* Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, si bien la cláusula consta aparentemente redactada de una forma sencilla, también es un hecho innegable que se incluye con todos los datos aplicables al tipo de interés variable, lo que le otorga al contrato una apariencia total de variabilidad sin limitaciones al tipo de interés, sin que además se resalte o se llame la atención sobre su contenido de ninguna forma específica, más allá de constar en negrita los datos numéricos -no así el resto del párrafo, a pesar de su importancia-, lo que desplaza de forma evidente la atención de cualesquiera consumidores tanto sobre el diferencial rector de la operación, como sobre el catálogo de bonificaciones previsto en la misma cláusula contractual a los efectos de reducir el coste del préstamo a través de la contratación de los productos ofertados por la entidad, al ser éste el dato comúnmente conocido y relacionado con el coste de un préstamo a interés variable y que, además, es claramente utilizado por las financieras con un claro y marcado carácter comercial.

Asimismo, debe de afirmarse que el examen de la transparencia de la citada cláusula no concluiría con el cumplimiento de tal requisito de concreción o sencillez, sino que se exige valorar si de la información facilitada por la entidad a los actores de forma previa a la formalización del contrato, se ha alcanzado la comprensibilidad necesaria por los accionantes, comprendiendo perfectamente cuál podía ser la influencia de la denominada cláusula limitativa a los tipos de interés en la determinación del coste del préstamo. De esta forma, es importante recalcar que, dado el contenido del deber de transparencia de la entidad bancaria, con arreglo a lo anteriormente expuesto, no basta el cumplimiento de requisitos meramente formales, como son la lectura de la escritura pública, la entrega de oferta vinculante o documentación económica relativa al clausulado aplicable a la operación, la claridad de la cláusula desde el punto de vista gramatical, sino que ha de cumplirse el objetivo de que los consumidores -con independencia de su cualificación profesional- queden plenamente informados, tal y como se encargan de señalar no sólo la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/13 de 9 de mayo, sino también su auto aclaratorio de 3 de junio de 2013 y las posteriores Sentencias de 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo de 2015 y 23 de diciembre de 2015.



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	29/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



Llegados a este punto y teniendo en cuenta la significativa cualificación de los actores, procede destacar que no por ello la entidad estaba eximida de su obligación de proporcionar a sus clientes toda la información precontractual y contractual, verbal y escrita, adecuada y exigida por la legislación sectorial ya examinada y, además, por la obligación de actuar con buena fe impuesta de forma general por el Código Civil, sin que pueda entenderse, sin más, que por su profesión o cualificación precisan de poca o escasa información al estar por ellos mismos en condiciones de evaluar y decidir acerca del producto contratado o de examinar o conocer todos sus riesgos. Es decir, es la entidad bancaria la que tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, sin que se pueda hacer recaer dicha obligación en sus clientes, al confiar éstos en que la entidad con la que finalmente contratan no está omitiendo información sobre ninguna cuestión importante, sin que a tal efecto sean relevantes las relaciones familiares, el tener un patrimonio considerable o que se hayan podido realizar algunas inversiones previas. Así, no es simplemente admisible considerar que los clientes podían haber preguntado en la sucursal o al empleado que les atendió o informarse ellos mismos del total contenido contractual, puesto que ello no desvirtúa que sea la empresa prestadora del servicio a quien le corresponde la iniciativa y el cumplimiento de las obligaciones de información que le impone la normativa y la jurisprudencia dictada en la materia, que no se cumple con la simple lectura de la escritura pública ante el Notario autorizante. En este momento, es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo número 642/2014, de 24 de noviembre de 2017, que determina en el Fundamento de Derecho Segundo, ordinales cuarto y quinto, tras realizar un exhaustivo examen de la Jurisprudencia dictada hasta la fecha en la materia objeto de enjuiciamiento y para el caso concreto de una empleada de banca, que:

4. Estimación del motivo segundo. Conforme a la jurisprudencia establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y muchas otras posteriores (entre otras, sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre) el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

De tal forma que, como afirma la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	30/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler), 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

La STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13» (ap. 49), añade: «50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44).» «51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular».

5. Para llevar a cabo el control de transparencia, resulta muy importante no perder de vista su razón de ser, tal y como lo exponemos en la Sentencia 171/2017, de 9 de marzo: «La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	31/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



tipo de referencia variable más el diferencial pactados.» Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.» Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

En las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento. Es cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Pero tanto la suficiencia de la información precontractual como la que se aporte al tiempo de la firma del contrato, para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia, está en función de otras circunstancias, como el que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos. Así lo entendió la sentencia 367/2017, de 8 de junio, al exponer los límites del carácter vinculante de la sentencia que estima una acción colectiva en la que se pedía la nulidad de una cláusula por falta de transparencia, respecto de una acción individual posterior.



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	32/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



La sentencia ahora recurrida ha entendido que la condición de empleada de banco de la prestataria hacía innecesaria la información precontractual y presume que, a la vista de la claridad de la cláusula, estaba en condiciones de conocer la existencia de la cláusula y cómo operaba o qué incidencia tendría en la determinación del interés. Es cierto que un empleado de banca familiarizado con estos contratos, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobre todo precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo.

Pero, aunque no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así. En primer lugar, porque la Audiencia parte de que no ha quedado acreditado ninguna clase de información previa antes de la firma del contrato, ni durante la misma, más allá de la lectura de la escritura por el notario; y, en segundo lugar, porque no consta que la actividad prestada por la demandante en el banco guardara relación con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. La demandante era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios. En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y confirmar la de primera instancia.

Por lo tanto, examinando primeramente la documental obrante en autos, se puede concluir que la demandada no cumplió con la totalidad de los requisitos de información precontractual a los prestatarios de los que mínimamente se le exigían, toda vez que no consta recibido por los actores folleto informativo previo o documentación económica relacionada con el condicionado del préstamo y/u oferta vinculante que desglosara todas las condiciones financieras aplicables al contrato. De esta forma, debe concluirse que la solicitud y propuesta de préstamo aportadas a los autos por la entidad, ambas fechadas el mismo día, no cumplen, en ningún caso, con los requisitos exigidos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (documento número 2.a) y 2.b) de la contestación a la demanda), al tratarse de dos documentos de tramitación interna de la propia entidad, de los que se desconoce, en este caso concreto, si fueron recibidos por los accionantes con la antelación suficiente a la formalización del préstamo, tal y como incluso fue puesto en duda por el testigo Sr. Castillo propuesto a instancias de la demandada. A mayores, procede significar por su especial importancia la falta de coincidencia total entre alguna de las condiciones financieras plasmadas en la denominada *propuesta de préstamo* y las finalmente reproducidas en la escritura pública, tales como la importante fijación



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	33/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



del diferencial rector sin bonificaciones o el importe de las comisiones, reflejándose la cláusula limitativa en lo que aquí nos interesa en letra más pequeña que la del resto de términos, como características del interés variable tramo 1.2. *Mínimo: 3%, Máximo: 16%. Frecuencia Revisión: SEMESTRAL Redondeo: 0,000% Criterio Revisión: V.P. DIA DE REVISION*, por lo que difícilmente se puede dar a dicho documento el valor probatorio pretendido por la entidad, puesto que no consta su entrega efectiva a los prestatarios y en el supuesto remoto de que la misma se hubiera producido con la antelación suficiente, no tiene ningún tipo de validez formal. Asimismo, no se ha probado en el acto del juicio por la demandada, que se hubiera informado a los accionantes de sus derechos ante el Notario autorizante, ni que éste, al margen de leer la citada escritura, les explicara expresamente que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula de limitación al tipo de interés variable, cuya información en sí misma no excluiría, en ningún caso, el deber de la entidad de informar de forma detallada a sus cliente del producto bancario objeto de contrato, tal y como ha sido señalado por la Jurisprudencia, rezando la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014: *En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia;* cuyo criterio se ha visto complementado en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015 al matizar que: *Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.* Es decir, el hecho de que el Notario leyera la escritura con carácter anticipado a la firma no excluye a la entidad de cumplir con su obligación de proporcionar información contractual previa a sus clientes, que debiera incluir una explicación sobre las repercusiones económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula comportaba en los efectos del préstamo, sobre la que no se ha promovido prueba objetiva alguna por la demandada en cumplimiento de su deber de carga probatoria.

A lo ya expuesto, se añade que no consta en autos la realización de simulaciones de cuota a los actores, a pesar de que no se discute que pudieran hacerse como práctica habitual de la entidad, pero su falta de aportación o determinación en los autos, impide conocer si las mismas fueron o no realizadas de forma efectiva en este caso concreto y, en consecuencia, se desconoce el tipo de interés con el que se comprobaron, acudiéndose a meras suposiciones de si se aplicó con el tipo vigente en el momento de contratar, ya fuera con el interés fijo inicial o con el



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	34/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



resultante de sumar al Euribor vigente entonces el diferencial pactado, lo cual no sería bastante para mostrar a los consumidores lo que debían saber de la cláusula suelo, esto es, que podía convertir un interés variable en fijo, variable sólo al alza. Como ya se ha establecido en otras ocasiones, para que las simulaciones sean efectivas, es preciso simular un escenario en el que el Euribor más diferencial se situase por debajo del suelo y mostrar que la cuota no iba a ser la determinada por dicho tipo de interés, sino por el límite mínimo, lo que hubiera permitido que los consumidores pudieran haber valorado, verdaderamente, si el préstamo contratado les interesaba y cumplía con sus expectativas económicas. Es más, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de la cláusula suelo evidencia que, nunca, con independencia del Euribor y del diferencial aplicable, la cuota iba a ser inferior al tipo de interés fijado en la limitación a la variabilidad, convirtiendo el préstamo suscrito, comercializado y entendido de carácter variable, en un préstamo a interés fijo, solo revisable al alza.

De igual forma, debe tenerse en consideración, a efectos probatorios, la renuncia de la parte proponente a la práctica de los interrogatorios de ambos actores, por lo que únicamente restaría por valorar la testifical de D. [REDACTED] que compareció en el presente procedimiento a instancias de la entidad demandada -de la que continúa siendo empleado en la actualidad- a los efectos de acreditar la efectiva negociación habida con los prestatarios y el cumplimiento por la entidad de todos los requisitos de transparencia que le eran normativamente exigibles y a cuya declaración le es enteramente de aplicación la regulación del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que a tal fin, establece que: *Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.* Así, el Sr. [REDACTED] manifestó en sede judicial que él fue el encargado de tramitar la gestión del préstamo objeto de autos, dada la relación de confianza y amistad existente entre él y Dña. [REDACTED] razón por la que comercializó el contrato con las mejores condiciones de mercado existentes en la fecha de la formalización del préstamo y de las que entiende la parte prestataria que fue consciente y conocedora en todo momento. A lo anterior, añadió que dada la profesión de Registradora de la Propiedad de la Sra. [REDACTED], ella misma revisó la escritura y solicitó la modificación de la minuta elaborada por la gestoría, sin que se realizase mención alguna a la hoy conocida como cláusula suelo/techo. Ahora bien, en lo que aquí especialmente interesa, manifestó que la propuesta de préstamo obrante en autos es un documento interno con el que se trabaja en la entidad para estudiar la viabilidad de la operación, sin que, por otro lado, fuera capaz de recordar si fue entregado de forma efectiva a los prestatarios, a los que no se les había hecho tampoco simulaciones a futuro al ser Dña. [REDACTED] perito en la materia. A mayores, concluyó que desde que se conoció públicamente la problemática existente con las cláusulas suelo, la accionante empezó a quejarse a la entidad para intentar que se la quitarán. Por lo tanto y a la vista de todo lo expuesto y teniendo en cuenta que si bien es cierto que



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	35/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



el testigo declaró a las preguntas generales de la ley que no tenía ningún interés en la resolución del presente procedimiento, también señaló expresamente que a pesar de haber mantenido una relación de amistad con la prestataria, la misma había finalizado llegando a sentirse ofendido en lo personal, debe concluirse que su declaración debe ser valorada, al menos, con cierta cautela y sin que pueda generar valor probatorio pleno al no encontrarse refrendada con ninguna otra prueba de carácter objetivo de todas las que se encontraban al alcance de la propia entidad.

Con todo lo expuesto hasta ahora, se puede evidenciar la poca y/o, en su caso, deficiente información que se transmitió por la financiera a los clientes de forma previa a la firma del contrato de préstamo, más allá de la lectura de la escritura por el Notario, momento poco idóneo, como ya se ha dicho, para recibir la información necesaria sobre todo el condicionado contractual aplicable. Es más, cabe destacar que ninguna prueba se ha practicado por la entidad demandada -en cumplimiento de su deber de carga probatoria conforme a la regulación general del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- centrada en el conocimiento efectivo que los actores podían tener en la fecha en la que se suscribió el préstamo sobre las cláusulas limitativas y/o el manejo habitual que de dichas cláusulas se realizaría en su Registro, desconociéndose su trayectoria y/o experiencia profesional hasta ese momento, debiéndose dejar de lado a los efectos probatorios todo el revuelo posterior acaecido en torno a las cláusulas de limitación a los tipos de interés variable al diferir la consideración y/o el conocimiento de aquella época con el existente en la actualidad. A mayores, tampoco se puede negar la influencia que pudo tener la relación de confianza y amistad trabada entre el director de la entidad y los actores -haciéndose, incluso, mención en la contestación a la demanda a la existencia de una relación familiar entre un Consejero de la entidad y los clientes, sin que el simple hecho de que los prestatarios tengan un nivel de conocimientos jurídicos y de formación sobre las condiciones contractuales muy superior a la media y/o conozcan las obligaciones que impone la normativa vigente sobre la transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, elimine el deber de la entidad de informar a sus clientes de forma clara y precisa de todas las condiciones financieras, entre las que se incluye la cláusula de limitación a los tipos de interés variable, sin que conste comunicación de ningún tipo sobre su efectiva inclusión en el contrato de préstamo analizado.

Por último, a efectos meramente clarificadores, procede señalar que no puede tener relevancia en casos como el presente la aplicación de la teoría de los actos propios y que se fundamentaría en que los prestatarios han permitido la aplicación de la cláusula durante un largo período de tiempo, sin queja alguna. En efecto, dicha doctrina se basa en la obligación de actuar de buena fe, impuesta por el artículo 7 del Código Civil, no pudiéndose entender que actúa de mala fe la consumidora que reclama tras varios años de inactividad si se tiene en cuenta que desde que comenzó a llamarse la atención por los medios de comunicación respecto de este tipo de cláusulas, la cuestión de la nulidad, por abusiva, de las cláusulas suelo no ha estado exenta de polémica, al menos hasta la Sentencia del Tribunal Supremo



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	36/42



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



de 9 de mayo de 2013, que vino a clarificar la cuestión y sólo en parte, puesto que subsiste la necesidad de examinar las circunstancias particulares de cada caso, cuya valoración es estrictamente jurídica. De esta forma, la ausencia de reclamación judicial ha podido deberse a multitud de causas, sin que dicha inacción pueda considerarse contra la buena fe y menos, si se tiene en cuenta la presentación a la entidad por los prestatarios de reclamación formal previa a la demanda a través del Banco de España en fecha de 26 de enero de 2015, la cual no habría sido atendida por la financiera en los términos instados (documento número 3 de la demanda). A lo anterior, se añade que tampoco se cumplirían, en el presente caso, los requisitos que se exigen por la Jurisprudencia para la aplicación de la regla básica "*venire contra factum proprium non valet*" en los términos que fueron examinados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2012 que delimitó expresamente la necesidad de cumplimiento de los siguientes: 1) *una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias*; 2) *que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior*; y 3) *que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables*; sin que dicha doctrina sea aplicable en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia, según Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000, 12 de febrero de 1999, entre otras; insistiendo en tal doctrina Sentencias posteriores como la de 3 de diciembre de 2013 al señalar que no procede tal alegación cuando *los actos están viciados por error o conocimiento equivocado*.

Por todo lo expuesto, de la prueba practicada en el acto del juicio a instancias de la demandada no se puede afirmar que el control de transparencia se haya superado por la entidad, pues lo aseverado en su escrito de contestación a la demanda, no se ha visto acreditado por ninguno de sus medios probatorios a su alcance, en cumplimiento del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante lo cual no se le puede dar la virtualidad pretendida a las meras alegaciones de la propia parte.

- Una vez se ha concluido la naturaleza de condición general de la denominada cláusula suelo/techo y el hecho de que la misma no cumple con los requisitos de transparencia exigidos y en consecuencia, la posibilidad de su sometimiento a control, en concordancia con los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la presente resolución, ello no implica la consecuencia automática de que ésta sea nula por **abusiva**, sino que es necesario que el predisponente o empresario la haya utilizado en contra de las exigencias de la buena fe. De esta forma, el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, al que, como se ha visto, remite el artículo 8.2 LCGC, establece que *se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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*. De forma similar, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 señala que *las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	37/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



*buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Tanto la Directiva como la norma española proporcionan tan sólo una definición abstracta de lo que son las cláusulas abusivas, por lo que, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, **atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores [...]-, no es posible limitarla a la esfera subjetiva. Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.** Es decir, se aboga por un concepto objetivo de la buena fe, que viene inexcusablemente referido al hecho de **si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.** Asimismo, debe de tenerse en cuenta que la utilización de mala fe por la parte predisponente puede atisbarse en aquellos casos en que, siendo una cláusula contractual no transparente, la actuación del predisponente no ha ido encaminada a superar la falta de aptitud de la cláusula para acercar su comprensibilidad intelectual. Dicho de otro modo, se dará esta abusividad cuando se ha contratado de tal manera que los consumidores o los adherentes no han podido adquirir el conocimiento real del equilibrio de riesgos derivados del contrato, aprovechando el predisponente o empresario esta aptitud de la cláusula para concertar unas condiciones contractuales que de otra forma no hubiera conseguido.*

Como ya se ha indicado, en aplicación del artículo 82.3 TRLCU, *el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.* De este modo, el desequilibrio debe referirse a la posición global de las partes en el contrato, puede manifestarse en la propia oferta, en la fase genética, o posteriormente en la ejecución del contrato, o incluso en ambos momentos, obligándose a valorar las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato, incluyendo su evolución previsible, si ésta fue tenida en cuenta o hubiera debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. Sobre la base de todo ello, la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/13, de 9 de mayo, concluye, en general, respecto de las cláusulas suelo, que, *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 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,*



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	38/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. Es un hecho innegable que la entidad bancaria al tratarse de un profesional del crédito, posee una mayor información acerca de la posible evolución de los tipos de interés, se fija un precio mínimo previsible, de manera que asume un riesgo, de ver disminuida su remuneración por el capital prestado y, por tanto, de que el contrato le resulte económicamente oneroso o menos rentable, inferior al que asumen los consumidores que se obligan a abonar las cuotas resultantes de tener en cuenta las fluctuaciones del tipo de interés sin que puedan razonablemente esperar que dicha obligación de pago se vea minorada en función de la variación del tipo de interés, al existir dicho límite mínimo, sin que, por otra parte, hayan podido ser conscientes de ello al contratar, puesto que, a diferencia de la contraparte, no disponen de la información necesaria para prever la posible evolución de los tipos de interés.

Dada la escasa prueba aportada y practicada a instancias de la entidad respecto de la concreta explicación facilitada a los actores sobre la inclusión y sobre la trascendencia de la cláusula suelo/techo como elemento principal objeto del contrato -en los términos en los que se ha indicado con anterioridad-, se concluye que su utilización por la entidad fue contraria a las exigencias de la buena fe que deben presidir las negociaciones contractuales, habiéndose generado un desequilibrio subjetivo que dificultó la comprensibilidad intelectual del reparto de riesgos y que produjeron un verdadero perjuicio para los consumidores, los cuales hubieran podido examinar otras opciones, si hubieran recibido la información y explicación necesaria y comprendido el alcance real de la propia cláusula. De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, descarta la idea de emplear criterios de tipo económico para valorar si existe equilibrio, rechazando que haya de identificarse equilibrio y equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo (tope máximo que, al igual que la cláusula suelo, limita la variabilidad del tipo de interés, en este caso al alza), sobre todo teniendo en cuenta que este último no existe en todos los casos, llegando incluso a considerar irrelevante que exista techo. De hecho, *entiende que la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor, más que de equilibrio, de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, y no lo es;* y más, cuando en la realidad resulta prácticamente imposible la aplicación de la denominada cláusula techo en los términos que eran utilizados por las financieras -en este caso, un tipo nada desdeñable del 16%-, cuyo escenario es fácilmente apreciable por la entidad bancaria, pero no por cualesquiera consumidores con conocimientos financieros medios.

Por todo lo expuesto, la asimetría en cuanto a la información implica una desigual asunción de riesgos, determinante de la existencia de desequilibrio importante contrario a la buena fe, en perjuicio de los consumidores, por lo que la falta de información suficiente y de reciprocidad entre las prestaciones al haberse fijado un



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	39/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



mecanismo de protección único y exclusivo para la entidad bancaria que no se ve correspondido tras el análisis global del préstamo hipotecario con una protección especial y/o el otorgamiento de alguna ventaja específica para los clientes, conlleva la declaración de abusividad de la cláusula de limitación inferior a los tipos de interés variable, en todos los términos que han sido anteriormente referenciados.

- Sin embargo, la anterior conclusión no implica que no pueda **subsistir el contrato** sin la aplicación de la cláusula contractual declarada nula, siempre que su supresión no afecte a la esencia del contrato, tal y como se ha fijado en el Fundamento de Derecho Octavo de la presente Resolución. En efecto, el elemento definitorio esencial del precio es el tipo de interés, siendo que el límite del tipo de interés afecta al objeto principal del contrato, el precio, pero no de una manera esencial, sino meramente accesoria, precisamente porque la falta de transparencia de la cláusula contractual impide adquirir a los consumidores el cabal conocimiento de que lo que era un elemento accesorio (límite de un tipo variable) que se ha convertido en un elemento esencial (tipo fijo). En consecuencia, procede el mantenimiento del contrato de préstamo formalizado en fecha de 14 de marzo de 2008 ante el Notario D. Iñigo de Loyola Romero de Bustillo con número de protocolo 878, sin la aplicación de la cláusula suelo que ha sido declarada nula por la presente resolución, condenando a la entidad demandada a su eliminación, debiendo ser tenida a todos los efectos por no puesta.

- Por último, quedaría por determinar en los términos expuestos con anterioridad, la **devolución a los actores de los intereses indebidamente abonados** a la entidad demandada en aplicación de la cláusula suelo que por la presente ha sido declarada nula, en la forma en la que ha sido examinada en el Fundamento de Derecho Octavo de esta resolución y en aplicación de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, es decir, con efectos desde la formalización del préstamo y que conforme al artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cantidad objeto de condena deberá, o bien quedar determinada, o bien ser determinable, en fase de ejecución, mediante una simple operación aritmética, con arreglo a las bases que se hayan fijado para su liquidación. No se trata de una Sentencia con reserva de liquidación prohibida por el mencionado artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la fijación del *quantum* depende de una simple regla aritmética de fijación de los intereses que hubieran correspondido sin la existencia de la cláusula, la cual es conocida por ambas partes.

En el presente caso, la nulidad implica restitución recíproca de prestaciones, conforme al artículo 1303 del Código Civil, debiendo restituirse las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses, por lo que tal restitución supone para la entidad bancaria, la devolución de las cantidades percibidas de más, por aplicación de la cláusula nula, lo que vendría a equipararse al *precio* del que habla el artículo 1303 del Código Civil y de los intereses devengados por dicha cantidad, puesto que así lo dispone el mencionado precepto, cuya finalidad es restablecer a la parte contratante en la situación anterior a la existencia del contrato (o cláusula) nulo, como si nunca



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	40/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



hubiera existido. De esta forma, procede determinar las bases conforme a las cuáles habrá de liquidarse -en defecto de pacto- en ejecución de Sentencia el referido importe -una vez recalculado el préstamo hipotecario- y que consistirá en la diferencia entre la cuota efectivamente cobrada por la entidad demandada a los actores, según conste en los correspondientes recibos o extractos de cuenta (véase, a tal efecto y a título ilustrativo, el documento número 2 de la demanda), menos las que resulten de aplicar la fórmula fijada para el cálculo de las cuotas recogida en la propia escritura del préstamo hipotecario de 14 de marzo de 2008, siendo el tipo de interés variable pactado, EURIBOR a un año más 1,00 puntos porcentuales, menos la tasa de bonificación que haya resultado de aplicación en cada revisión semestral hasta un máximo bonificable de 0,50 puntos porcentuales, prescindiendo de la imposición del tipo mínimo del 3,00% nominal anual (documento número 1 de la demanda). Todo ello, con efectos desde que la cláusula suelo hubiera entrado por primera vez en aplicación, una vez superado el primer periodo inicial a tipo de interés fijo y hasta que haya dejado- de abonarse de forma efectiva por la parte demandante en atención a la cancelación del préstamo en fecha de 18 de abril de 2017 (documental aportada en el acto del juicio).

A la cantidad resultante, deberá aplicársele por imperativo legal, el interés legal que se haya devengado en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, con imposición desde la fecha de esta Sentencia hasta su efectivo pago por la entidad deudora, de los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales.

DECIMO.- Costas. Vista la estimación de la demanda, procede en aplicación del artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena en costas de la entidad demandada.

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

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta a instancias de Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED] representados por el Procurador de Tribunales D. Fernando A. Lepiani Velázquez y actuando bajo la dirección Letrada de D. José Luis Ortiz Miranda, contra la entidad CAJA RURAL DE JAEN, BARCELONA Y MADRID SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO representada por la Procuradora de Tribunales [REDACTED] y actuando bajo la dirección Letrada de [REDACTED], debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula de limitación a los tipos de interés variable contenida en la escritura de préstamo hipotecario elevada a público en fecha de [REDACTED] de 2008 ante el Notario [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED], debiéndose tener por no puesta, con subsistencia de la eficacia del resto del



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	41/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==



contrato que se mantiene en sus términos; condenando a la entidad demandada a restituir a los demandantes en todas las cantidades indebidamente cobradas por la utilización de la cláusula suelo declarada nula, desde su primera aplicación y hasta que haya sido dejada de emplearse por la entidad, con imposición de los intereses fijados en el artículo 1303 del Código Civil y artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya cantidad deberá liquidarse -en defecto de pacto- en ejecución de Sentencia, con arreglo a las bases que han sido fijadas en el Fundamento de Derecho Noveno de la presente Resolución. Todo ello, con expresa condena en costas de la demandada.

Insértese en el libro de resoluciones definitivas y llévase a los autos testimonio de la misma en debida forma.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándolas que contra la misma puede interponerse ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a su notificación, para su posterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así lo pronuncia, manda y firma Dña. Laura Alonso Martín, Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Andalucía, provincia de Cádiz, actuando en funciones de refuerzo en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, en el día de su fecha, estando yo presente como Letrada de la Administración de Justicia y celebrando audiencia pública. Doy fe.



Código Seguro de verificación: unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==. 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	LAURA ALONSO MARTIN 28/12/2018 11:23:48	FECHA	08/01/2019
	MARIA PILAR BLAZQUEZ CUADRADO 08/01/2019 08:07:27		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	42/42
	unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==		



unhCIIMZ6Y3uir9bx1oY8Q==