



SENTENCIA Nº 19/2017

Arcos de la Frontera, 3 de marzo de 2017.

Don Carlos José Rodríguez Rodríguez, juez titular del Juzgado de Primera Instancia e instrucción número uno de Arcos de la Frontera y de su partido judicial, ha visto los presentes autos de procedimiento ordinario registrados con el número 302/2016 y seguidos a instancia de don XXXXXXXXXXXX, que ha comparecido representado por la procuradora doña Carlota Pérez Romero y defendido por el letrado doña Julia Rodríguez Serrano, contra "CAJA RURAL DEL SUR", que ha comparecido representada por el procurador don Manuel Zambrano Garcia-Raez y asistido por el letrado don Heriberto Asencio Aguilar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de mayo de 2016 don XXXXXXXXXXXX presentó una demanda de juicio ordinario contra "CAJA RURAL DEL SUR" en ejercicio de una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad.

SEGUNDO. El 14 de julio de 2016, por "CAJA RURAL DEL SUR", se presentó escrito de contestación a la demanda. Por decreto de 1 de septiembre, se señaló la audiencia previa.

TERCERO. El 3 de noviembre de 2016 tuvo lugar la citada audiencia con la asistencia de ambas partes. Se intentó sin éxito la conciliación. Hechas las alegaciones de rigor, las partes se pronunciaron sobre las pruebas documentales. Acto seguido, se recibió el pleito a prueba. Se propuso prueba documental, interrogatorio y testifical. Fueron admitidos los medios de prueba pertinentes. Se terminó convocando a las partes para la vista del juicio.

CUARTO. El 24 de noviembre de 2016 se celebró el juicio. Se practicó la declaración testifical de don XXXXXXXXXXXX. Por último, se dio la palabra para las conclusiones y quedaron los autos vistos para sentencia. Tanto el juicio como la audiencia previa se grabaron en soporte informático.

QUINTO. En el presente supuesto se ejercita una acción de declarativa de nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés, así como se solicita la condena a la devolución de cantidades.

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdaDUPuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: https://ws121.juntadeandalucia.es/verifimav2/ Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/19
 Vx1MKSh5kmhVdaDUPuSh5Q==			



SEXTO. En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia previsto en el art. 434 LEC, de imposible cumplimiento debido a la acumulación de asuntos anteriores y preferentes pendientes en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Normas aplicables.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su artículo 83 núm. 1 la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos efectuados con consumidores, nulidad que ha de ser apreciada de oficio. El número 2 de dicho precepto establecía anteriormente que la parte del contrato afectada por la nulidad se integraría con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo el siguiente párrafo que el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas dispondría de facultades moderatorias cuando subsista el contrato. Dicha disposición ha sido modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En la actualidad, el nuevo artículo 83 establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En este punto, hay que reseñar que el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece que se consideran 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, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, relacionándose esas cláusulas en los artículos 85 al 90 de la Ley. E, igualmente, el párrafo primero del artículo 87 de dicha ley establece que "son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario. La consecuencia es la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas es que se tendrán por no puestas.

Igualmente, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 establece: "1 las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideran abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q==	PÁGINA 2/19



Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q==



consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2 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 contratos de adhesión". A su vez el artículo 4 de la directiva señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa". Finalmente el artículo 6, apartado 1, de dicha directiva dispone, " los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

En nuestro derecho, para determinar si una cláusula es abusiva, el artículo 82 núm. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , siguiendo el artículo 4 núm.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CEE establece que se tendrá 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.

Procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que 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 (sentencia Banco Español de Crédito, apartado 39). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, indicando que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Toda esta cuestión de eficacia y licitud de las llamadas cláusula suelo y techo, ha sido ampliamente estudiada por la actual Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9-5-13 , en la que realiza un pormenorizado estudio de todas las cuestiones que sobre las citadas cláusulas pueden producirse, dando respuesta individualizada a cada una de ellas. Como indica la referida resolución "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/19
			
Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q==			



contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis". Sentado lo anterior, se plantea asimismo, si cabe control de la abusividad de dichas cláusulas porque las mismas afectan a un "elemento esencial" del contrato de préstamo bancario. La referida sentencia establece que si bien las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato y que como regla no cabe el control de su equilibrio, "Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone". Efectivamente, la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. Pero asimismo, y "admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores", así como que "es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato.". La referida resolución de 9 de Mayo, indica en relación a la Falta de información en las cláusulas suelo /techo, que "217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite 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. 219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo". De hecho, como indica la misma "pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente 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.".

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificamv2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSÉ RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/19
 Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==			



SEGUNDO : Objeto del procedimiento. Determinación del carácter de condiciones generales no negociadas individualmente de las cláusulas impugnadas.

En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de la nulidad de la cláusula que contiene la conocida como "suelo" de los tipos de interés, eliminar la misma del contrato y la condena a abonar a la actora las cantidades cobradas de más en aplicación de aquellas. La demandada se opone a la demanda alegando que la cláusula en cuestión es válida y transparente formando parte del objeto principal del contrato, que no puede considerarse una condición general de la contratación, y que la cláusula no es abusiva al haberse negociado individualmente, respetar las exigencias de la buena fe y no causar desequilibrio entre las partes.

Se plantea en autos, en definitiva, la validez o nulidad de la estipulación referente a la Modificación del tipo de interés, contenida en el contrato de Compraventa, Subrogación de préstamo hipotecario y Novación, celebrado entre las partes en fecha 3 de agosto de 2006, y referido a la fijación de la llamada "cláusulas suelo". La referida estipulación, tras establecer un interés fijo inicial, indica que el tipo ordinario de interés sería variable y determinado por el Euribor incrementado en 1,00%, no obstante lo cual también se indica que en ningún caso los intereses serán inferiores al 3,50 %, sin establecer limitaciones al alza.

En el caso de autos, queda acreditado, en gran parte del contenido de la propia escritura, y de lo reconocido en su declaración por el director de la sucursal que intervino en el contrato, don XXXXXXXXXXXXXXX, que se trata de la adquisición por parte de una persona física particular de una vivienda para su utilización particular y no dentro de un tráfico empresarial, entra la misma dentro del concepto de consumidor, con la existencia de una normativa protectora del mismo frente a posibles cláusulas abusivas. La actora adquirió para sí, con carácter privativo, directamente de la promotora, la finca sita en la avenida de La Feria, en la localidad de Villamartín, subrogándose en el préstamo hipotecario suscrito entre la promotora (a su vez vendedora), y la entidad demandada, modificándose a su vez ciertas estipulaciones del contrato:

La entidad demandada niega que la cláusula citada sea una condición general de la contratación.

Pues bien, en cuanto a la nulidad de dichas cláusulas, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, y ulterior auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, ratificadas posteriormente por las sentencias del de 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, donde ya no estamos en presencia de una acción colectiva como la que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013, sino ante el ejercicio de acciones individuales, crean jurisprudencia al respecto, afirmando que como regla general la cláusula suelo ostenta la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta no negociada individualmente con el consumidor, por lo que, aun cuando afecta al objeto

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==	PÁGINA 5/19
			
Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==			



principal del contrato (esto es, al precio), puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez, al no integrar el elemento esencial del negocio jurídico (el objeto como tal, art. 1265 CC).

Efectivamente, el tenor literal del artículo 1 de la Ley 7/1998, establece que " son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ". Precepto que tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación y que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el razonamiento jurídico 137 de su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo , donde sostiene que para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

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

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

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

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

La norma transcrita en ningún momento exige una incorporación "masiva" de la cláusula a los contratos celebrados en su actividad profesional por la entidad bancaria. Basta con que se trate de una cláusula redactada para ser incorporada a una pluralidad de contratos, debiendo entenderse dicho concepto en su sentido estricto de diversidad, multiplicidad y en definitiva en su dimensión excluyente de no tratarse de un pacto o cláusula destinado a formar parte de un contrato único, excepcional o exclusivo.

Código Seguro de verificación:Vx1MKSh5kmhVdeDUFuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/19
 Vx1MKSh5kmhVdeDUFuSh5Q==			



En el hecho de que dicha cláusula suelo o limitativa de la variación de tipos de interés no se incorpore a todos los contratos concertados por la Caja o ni siquiera de manera masiva a los pactos suscritos por ésta, no tiene ninguna relevancia a los efectos de resolver sobre la cuestión sometida a discusión pues basta con que dicha cláusula forme parte o esté destinada a formar parte de una pluralidad de contratos para que concurra en plenitud su cualidad de condición general de la contratación.

En el presente caso, CAJA RURAL DEL SUR manifiesta que la misma se negoció individualmente con la actora, hecho que no acredita de ninguna manera. Es más, el director de la sucursal que intervino en el presente contrato, don XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, llega a reconocer a preguntas del abogado de la actora, sobre si el cliente solicitó a la entidad la aplicación de la cláusula suelo, responde que no, que la misma venía impuesta por la entidad demandada.

En todo caso, la experiencia ha demostrado que la redacción e inclusión de cláusulas suelo por las entidades bancarias en los contratos de préstamo concertados por las mismas, ha sido una práctica común, continuada y muy extendida no solo por CAJA RURAL DEL SUR sino en la práctica bancaria española, de tal manera que los procedimientos que persiguen la exclusión de este tipo de cláusulas son muy comunes en los Juzgador Mercantiles y de 1ª Instancia de este país, habiendo dado lugar a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del 9/5/2013 en resolución de una acción colectiva de nulidad de cláusula suelo. Pero es que además, y atendiendo al concepto gramatical de negociación que es introducido en el debate en sus argumentos de defensa por la entidad bancaria, también cabe argumentar que la negociación implica un significado diferente al de "aceptar, asentir o conformar" de tal manera que nunca puede hablarse de "negociación" cuando únicamente se habilita al contratante para decidir si contrata o no en las condiciones predeterminadas e impuestas por la otra parte, pues es obvio que la obligación de contratar determinaría la nulidad del convenio. El término negociar lleva implícita la facultad de intervenir en el diseño del contenido del contrato, en los términos del mismo, en la inclusión o no de sus cláusulas, en la literalidad de las mismas. Supone poder contraofertar, acercar posiciones en el libre juego de oferta y demanda y materializar por escrito la libre voluntad de las partes contratantes.

Nada de esto se acredita que haya sucedido en el supuesto de autos tal y como se infiere no solo del contenido del contrato, de su redacción literal, sino de la declaración del testigo, que manifestó que con las condiciones concretas del préstamo estudiado, la cláusula suelo se incluía necesariamente.

En definitiva resulta fácil deducir que la redacción de la cláusula suelo no es más que la traducción contractual de una condición impuesta por el banco, es decir exigida por el banco, no modulada en su incorporación al contrato y por tanto no negociada individualmente sino impuesta y formando parte de un todo contractual redactado por el banco con arreglo, a falta

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdaDUFuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/19



Vx1MKSh5kmbVdaDUFuSh5Q==



de cualquier prueba en contrario, a los usos habituales, protocolos, formularios o modelos estándar integrados en la práctica negocial de CAJA RURAL DEL SUR.

La propia sentencia antes citada y dictada por el TS en fecha de 9/5/2013 , resuelve esta cuestión de manera clara y comprensible al argumentar que:

a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

138. 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 a este último punto, el art. 3 TRLCGC contiene una definición legal según el cual "a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". La SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente "consumidores aquella persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es,

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/19
 Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==			



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”.

Pero es que en este caso, además, no es un hecho controvertido que la actora, persona física, no ostentara la cualidad de consumidor y usuario, en la medida en que el préstamo fue suscrito a fin de adquirir la que fue su vivienda habitual, y por ello merece especial protección.

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que la cláusula suelo que recoge una limitación a la variabilidad del tipo de interés del 3,50% es una condición general de la contratación, toda vez que constituye una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos.

TERCERO.- Análisis de los parámetros de control legales y jurisprudenciales.

Estos criterios de control parten de la interpretación de la normativa europea, y deben conjugarse también con las premisas sentadas por el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas suelo, principalmente a través de la Sentencia 241/13 antes citada, y de la posterior resolución 138/2015 de 24 de marzo que amplía y aclara varios de los aspectos analizadas en la primera. Para analizar esta cuestión deberá partirse de la base de que las cláusulas suelo serán válidas siempre que superen los parámetros de control que se analizarán en este Fundamento de Derecho: *“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”* (STS 241/13).

En relación con la “cláusula suelo” cuya nulidad se insta, y partiendo del hecho pacífico de que el demandante otorgó la escritura pública en su condición de consumidor, debe ponerse de manifiesto en primer lugar que la Directiva 93/13 de 5 de abril establece en su artículo 4.2 que *“la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”*, y añade 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 lo tanto, dado que esta cláusula viene a definir el precio del contrato, deberá considerarse parte de su objeto y en consecuencia no podrá controlarse su contenido ni apreciarse su abusividad sobre la base de una falta de equilibrio entre las prestaciones derivadas de ella, y no podrá declararse su nulidad por falta de reciprocidad. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en sus Sentencias 406/2012 de 18 de junio y 241/2013 de 9 de mayo.

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q---. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q---	PÁGINA 9/19



Vx1MKSh5kmhVdsDUPuSh5Q--



Sin embargo, esta cláusula sí podrá y deberá ser sometida a un doble control de transparencia:

-Un primer control sobre el modo en que la cláusula se ha incorporado al contrato, que afecta como se ha mencionado anteriormente a todas las condiciones generales de la contratación, y que se traducirá en la comprobación del cumplimiento de la normativa bancaria. Esta normativa se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2011, 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 de bienes inmuebles de uso residencial.

-Un segundo control, que únicamente será de aplicación a los supuestos en que una de las partes del contrato sea consumidor, que se extenderá a la comprensibilidad real y efectiva de la importancia de la cláusula en el desarrollo razonable del contrato, y que se deriva del artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que establece "... en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...) b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

En relación con este segundo control, debe citarse la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo afirma que "... es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

La misma resolución enumera una serie de factores que indiciariamente pueden revelar una falta de transparencia, que según el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 "no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter meramente abusivo".

Estos factores o parámetros de control contemplados por el Tribunal Supremo son los siguientes:

"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

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdeDUPuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/19
 Vx1MKSh5kmbVdeDUPuSh5Q==			



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 del 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.”

Por último, debe recordarse que de la Jurisprudencia constante del TJUE (Sentencias de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2013) se desprende que hay una situación clara de inferioridad del consumidor frente a los profesionales con los que contrata, y este desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes, y esta intervención se hará a través de los Tribunales que podrán impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva. En consecuencia el Juez deberá examinar el carácter abusivo de tales cláusulas.

Si bien es cierto que, no puede afirmarse con carácter general que el incumplimiento de los deberes de información previa y transparencia suponga automáticamente la consideración de una cláusula como abusiva, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia 138/2015 de 24 de marzo, con cita de la Sentencia 241/2013: “La sentencia núm. 241/2013 afirma que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250).

Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.”

Lo cierto es que en la misma resolución, el Tribunal Supremo pone de relieve que el supuesto de las cláusulas suelo se aparta de la regla general expuesta por las especiales características de tales condiciones contractuales al afirmar: “La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdeDUPuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/19
 Vx1MKSh5kmhVdeDUPuSh5Q==			



Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013, apartado 218, «la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percibirse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor».

CUARTO.- Análisis de la cláusula suelo contenida en la escritura pública, y del cumplimiento de los deberes de información previa y transparencia.

En el presente asunto se ejercita por el actor una acción declarativa de la nulidad de la cláusula que contiene la conocida como "suelo" de los tipos de interés, eliminar la misma del contrato y la condena a abonar a la actora las cantidades cobradas de más en aplicación de aquellas. La demandada se opone a la demanda alegando que la cláusula en cuestión es válida y transparente formando parte del objeto principal del contrato, que la cláusula no es abusiva al haberse negociado individualmente, respetar las exigencias de la buena fe y no causar desequilibrio entre las partes.

Se plantea en autos, en definitiva, la validez o nulidad de la estipulación referente a la limitación del tipo de interés variable, letra B) de la estipulación quinta, contenida en el contrato de Escritura de préstamo hipotecario, subrogación y novación, celebrado entre las partes en fecha 3 de agosto de 2006 . Dicha estipulación indica que "Se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al 3,50 %, sin establecer limitaciones al alza".

Del análisis de dicha estipulación se infiere que la citada cláusula no supera el control analizado en los dos anteriores Fundamentos de Derecho.

Efectivamente, dicha estipulación no supera el control señalado. En primer lugar, porque no consta que se ofreciera al actor ningún escenario relacionado con el comportamiento "razonablemente previsible" del tipo de interés en el momento de contratar, ni que se le ofreciera información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad, ni mucho menos se ha acreditado por la demandada que cumpliera con lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Orden Ministerial de 1.994, relativos a la entrega de folleto informativo y oferta vinculante respectivamente. La parte demandada no aporta la oferta vinculante, por lo que cabe entender que ésta no existió. El testigo, empleado de la demandada, afirma que la oferta vinculante existió, pero a preguntas de este juzgador reconoce que no se acuerda del caso concreto, y matiza que cree que existió, pese a la rotundidad con la que inicialmente respondió a las preguntas del abogado de la demandada. Termina reconociendo que no puede asegurar que se entregara en este caso concreto.

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdaDUFuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es- Vx1MKSh5kmbVdaDUFuSh5Q==	PÁGINA	12/19



Vx1MKSh5kmbVdaDUFuSh5Q==



Por otro lado por la demandada no se acredita que se cumpliera con las obligaciones de información exigidas. Esta afirmación se basa también, en primer lugar, en que lo esencial no es que los consumidores conocieran la existencia e incluso el funcionamiento de la cláusula, sino el alcance de la misma, es decir, su proyección futura e incidencia en el contenido de las relaciones obligatorias de las partes, encontrándose la oscuridad de la cláusula, no en su redacción formal, sino en la ausencia de explicación material de la misma, siendo una falta de claridad que se proyecta sobre el contenido y no sobre el continente, sobre el fondo y no sobre la apariencia de la cláusula.

En segundo lugar, el prestatario no dispuso de copia alguna con carácter previo a la firma del contrato, el hecho de que éste cuente con decenas de páginas, con muchísimos datos, unos inteligibles, otros no tanto para personas legas en derecho y contratación bancaria, el hecho de que el conocimiento pleno por la prestataria del contenido literal del contrato se produzca en el despacho del Notario, en el momento de su lectura y por tanto en unas condiciones que no son en absoluto las idóneas para poder sopesar y analizar en conciencia el contenido obligacional de aquello que se va a suscribir etc.

Por último, la cláusula no aparece redactada en la escritura con la importancia que habría de tener dado que afecta a un elemento esencial del contrato. Desde luego, no se le otorga la relevancia real que tiene para el contrato,

Todos estos elementos permiten concluir que la entidad demandada no informó correctamente a su cliente del funcionamiento de la cláusula, que se traduciría en que en el supuesto de bajar el índice de referencia, el préstamo se convertiría de hecho en un préstamo a interés fijo en el que las variaciones del tipo a la baja no afectarían o lo harán de manera imperceptible en su beneficio, de modo que le fue imposible "... identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos".

En último lugar, debe señalarse que la carga de probar que se cumplieron las exigencias de transparencia e información recae sobre la parte que insertó la cláusula en el contrato, y como ya se ha mencionado, la entidad demandada no lo ha logrado acreditar, siendo así que es la entidad demandada quien goza de mayor facilidad probatoria en tal sentido. La declaración del testigo es claramente insuficiente, comenzó siendo contundente en sus afirmaciones, pero dicha contundencia se esfumó cuando se vio obligado a reconocer que no recordaba el caso concreto, por lo que sus afirmaciones sobre la supuesta negociación y explicación de la cláusula discutida ha de quedar necesariamente cuestionada. Lo expuesto, no hace sino confirmar lo ya analizado sobre la falta de negociación e información previa de la entidad bancaria a la actora.

Por las razones expuestas debe declararse la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable o cláusula suelo contenida en el contrato. La estipulación inserta en la cláusula quinta letra B) del contrato de préstamo hipotecario, subrogación y novación de fecha 3 de

Código Seguro de verificación:Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSÉ RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/19
 Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q==			



agosto de 2006, cuyo contenido literal es el siguiente: "Se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al 3,50 %, sin establecer limitaciones al alza".

QUINTO.- Consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo en cuestión.

Como regla general, uno de los efectos que comporta la declaración de nulidad de una cláusula es que las partes deben restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido de la otra, con sus frutos, y el precio, con sus intereses, tal como dispone el art. 1303 CC .

Como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo , nos hallamos ante " una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

En este punto debe ponerse de manifiesto la existencia de una importante discusión en la materia, provocada por la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 241/2013 antes citada. 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, quedando él también obligado a devolver las cantidades que hubiera podido recibir por aplicación de la cláusula suelo.

Sin embargo, la sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 que, no olvidemos, se trataba del ejercicio de una acción colectiva al amparo de lo establecido en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su fundamento jurídico decimoséptimo otorga una eficacia retroactiva limitada a la nulidad de dicha cláusula por los motivos que en dicha sentencia se recogen. Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo en un caso de acción individual en el que la Audiencia Provincial de Álava había acordado la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de la cláusula suelo establece la siguiente doctrina legal: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 , ratificada por la de 8 de septiembre de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare 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 ". Dicha sentencia ha dado lugar a varios comentarios doctrinales, dudando alguno de ellos si la sentencia se refiere sólo a un caso concreto en el que la cláusula había sido incorporada a un préstamo con la entidad BBVA, la cual fue ya objeto de la acción colectiva que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 , o es aplicable a todas las cláusulas incorporadas a los contratos bancarios cualquiera que sea la

Código Seguro de verificación:Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q--. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/19
 Vx1MKSh5kmhVdsDUFuSh5Q--			



entidad. La sentencia del Alto Tribunal, que cuenta con un voto particular, establece 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 voto particular se considera que debe otorgarse eficacia retroactiva más allá del 9 de mayo de 2013. Como se indica en dicho voto "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 descrita 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".

No olvidemos 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 dice: " 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdeDUFuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/19
 Vx1MKSh5kmbVdeDUFuSh5Q==			



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 establece, "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 ha visto obligado a 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 permitimos esa retroactividad débil o limitada estamos contraviniendo la doctrina del TJEU que interpreta la directiva 93/13/CEE. El Tribunal es terminante cuando prohíbe modificar el contenido de la cláusula abusiva porque no impediría que los profesionales siguieran aplicando cláusulas abusivas, dado que el único peligro sería que la cláusula se pudiera integrar o reducir con el resto del contrato.

En cierto modo, es 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, a mayor abundamiento, la jurisprudencia no es fuente del derecho.

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmhVdaDUFuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/19
			
Vx1MKSh5kmhVdaDUFuSh5Q==			



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.

Pues bien, cualquiera que fuera la discusión existente sobre esta cuestión y sin perjuicio de reconocer la existencia de argumentos sólidos en favor de las diferentes posiciones adoptadas, lo cierto es que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el pasado 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, ha clarificado, de forma definitiva, el debate sobre el momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

La mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece:

" 61. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62. De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

(...)

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

(...)

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

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdaDDPuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Vx1MKSh5kmbVdaDDPuSh5Q==	PÁGINA 17/19
 Vx1MKSh5kmbVdaDDPuSh5Q==			



el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 , EU:C:2010:581 , apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14 , EU:C:2016:278 , apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14 , EU:C:2016:514 , apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14 , EU:C:2016:835 , apartados 67 a 70). "

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve así, de forma clara y contundente, que no cabe limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad sin contravenir el Derecho comunitario, fijando una doctrina jurisprudencial que se superpone a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al versar sobre la aplicación del Derecho comunitario, tal y como se prevé en el Tratado de la Unión Europea y recoge ahora de forma expresa el art. 4 bis LOPJ.

Por tanto, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula.

SEXTO.- Intereses.

El artículo 1.108 del Código Civil dispone que si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y falta de convenio, en el interés legal.

En el presente caso ha lugar a la condena a dichos intereses al demandado.

SÉPTIMO.- Costas .

El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Si fuera parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

Puesto que la estimación de la demanda es total las costas se imponen a la demandada.

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador doña Carlota Pérez Romero, en nombre y representación de don XXXXXXXXXXXX contra CAJA RURAL DEL SUR, y consecuentemente:

Código Seguro de verificación:Vx1MKSh5kmhVdeDUPuSh5Q==. 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	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/19



Vx1MKSh5kmhVdeDUPuSh5Q==



1. DECLARO la nulidad de la cláusula limitativa del interés variable que se contiene en letra B) de la estipulación quinta, contenida en el contrato de Escritura de préstamo hipotecario, subrogación y novación, celebrado entre las partes en fecha 3 de agosto de 2006, cuyo contenido literal es: "Se pacta expresamente que en ningún caso los intereses serán inferiores al 3,50 %, sin establecer limitaciones al alza".

La declaración de nulidad comporta que:

I.- La entidad bancaria habrá de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde la fecha de celebración del mismo como si no hubiera estado incluida nunca la cláusula suelo, y ese será el cuadro que habrá de regir en lo sucesivo.

II.- La entidad demandada deberá reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato, que habrá de ser objeto de cálculo en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de esta resolución, más los intereses legales especificados en el fundamento sexto.

2.- Impongo las costas del presente procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese a las partes esta sentencia, contra la que podrán preparar recurso de apelación dentro de los 20 días siguientes a su notificación, según lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

Así por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)"

Código Seguro de verificación: Vx1MKSh5kmbVdsDUPuSh5Q==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://vs121.juntadeandalucia.es/verificav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	CARLOS JOSE RODRIGUEZ RODRIGUEZ 06/03/2017 16:12:14	FECHA	07/03/2017
	SUSANA CORPAS JIMÉNEZ 07/03/2017 09:41:48		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/19
			
Vx1MKSh5kmbVdsDUPuSh5Q==			