

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
RECURSO DE APELACIÓN [REDACTED]
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE GRANADA
ASUNTO: JUICIO ORDINARIO [REDACTED] 8
PONENTE [REDACTED]

SENTENCIA [REDACTED]

ILTMOS/A. SRES/A.
PRESIDENTE [REDACTED]

MAGISTRADO/A [REDACTED]

Granada a 9 de junio de 2020.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº [REDACTED] en los autos de juicio ordinario nº [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granada, seguidos en virtud de demanda de [REDACTED], representado por la procuradora doña Lucía González Gómez y defendido por el letrado don Bartolomé Giménez Ibarra; contra **Bankia, S.A.**, representado por el procurador [REDACTED] y defendido por la letrada [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 25 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *“Que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda formulada por [REDACTED] contra Bankia S.A. debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula suelo del 3,75% existente en el apartado 4 de la estipulación primera de la escritura de ampliación de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el día 4 de agosto de 2006 ante el Notario del Ilustre Colegio de Granada D. Alberto GarcíaValdecasas Fernández, objeto de litis, condenando a la demandada a la restitución de los intereses que hubiera pagado en aplicación de la “cláusula suelo” impugnada desde el inicio de la aplicación de la misma hasta el día 30 de mayo de 2014, cantidades a determinar en ejecución de Sentencia, conforme a las bases fijadas en el suplico de la demanda, más el interés legal mencionado en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, declarando asimismo el carácter abusivo y por tanto la nulidad de la cláusula que establece*

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

FECHA

16/06/2020

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

PÁGINA

1/17





un interés de demora del 20% fijado en el apartado 5 de la estipulación primera de la escritura anteriormente reseñada, continuando devengándose el interés remuneratorio, desestimándose la pretensión principal, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada. Librese mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación una vez firme esta resolución para su inscripción”.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 5 de diciembre de 2019 y formado rollo, por providencia de fecha 10 de febrero de 2020 se señaló para votación y fallo el día 4 de junio de 2020, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia estima la demanda (en su petición subsidiaria) interpuesta por [REDACTED] contra BANKIA S.A., declarando, entre otros pronunciamientos no recurridos, la nulidad por abusividad de la cláusula limitativa a la baja de la variación del tipo de interés (cláusula suelo) que se recoge en la escritura de ampliación de préstamo hipotecario de fecha 4 de Agosto de 2006, suscrita con la entidad demandada, condenando a ésta a la eliminación de dicha cláusula así como a estar y pasar por dicha declaración, y condenando a abonar a la actora las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo, desde el inicio del préstamo hasta la fecha del contrato privado de 30 de Mayo de 2014, con abono de intereses legales desde que se produjeron cada uno de los pagos y con imposición de costas.

Frente a dicha resolución la parte demandada interpone recurso de apelación que basa en: a) validez del contrato privado de fecha 30 de Mayo de 2014 y de la supresión de la cláusula suelo en dicha fecha; b) infracción de los artículos 82.2 TRLGDCU, 1 LCG y concordantes en relación con los artículos 319, 326 y 376 de la LEC, la cláusula declarada nula fue negociada por las partes; c) la cláusula suelo fue negociada de forma individual, por lo que todo análisis sobre su abusividad queda excluido, la normativa sobre consumidores y usuarios no resulta de aplicación al caso que nos ocupa; d) infracción de los artículos 80.1 TRLGDCU, 5.5 LCGC y concordantes y de la doctrina jurisprudencial que orienta su aplicación, todo ello en relación con los artículos 319, 326 y 376 de la

FIRMADO POR	[REDACTED]		FECHA	16/06/2020
	[REDACTED]			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	[REDACTED]	PÁGINA	2/17



LEC, la cláusula declarada nula supera el doble control de transparencia al que se refiere la sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013; e) la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio de las pretensiones; f) improcedencia de la inscripción de la sentencia; g) improcedencia de la condena al pago de los intereses.

La parte actora-apelada se opuso al recurso de apelación e interesó la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Se alega por la recurrente la infracción de los artículos 82.2 TRLGDCU, 1 LCG y concordantes en relación con los artículos 319, 326 y 376 de la LEC, al entender que la cláusula declarada nula fue negociada por las partes.

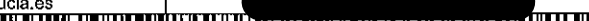
También se alegan como motivos del recurso que la cláusula suelo fue negociada de forma individual, por lo que todo análisis sobre su abusividad quedaría excluido, añadiendo que la normativa sobre consumidores y usuarios no resultaría de aplicación al caso que nos ocupa, y, por último, se alega la infracción de los artículos 80.1 TRLGDCU, 5.5 LCGC y concordantes y de la doctrina jurisprudencial que orienta su aplicación, todo ello en relación con los artículos 319, 326 y 376 de la LEC, la cláusula declarada nula supera el doble control de transparencia al que se refiere la sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2013;

Como dijimos en nuestra Sentencia de 27 de marzo de 2015, y hemos reiterados después en múltiples ocasiones no *“cabe imponer a los demandantes la prueba diabólica sobre el alcance de la comprensibilidad real de las estipulaciones controvertidas, antes de la oferta comercial de la entidad financiera demandada, adquirido al margen de la contratación enjuiciada, cuando es el predisponente quien tiene el especial deber de proporcionar la comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta, y por tanto a quien incumple acreditar el cumplimiento de sus obligaciones”*.

También debemos indicar que la existencia de negociaciones, sobre el importe a prestar, o la disponibilidad o duración del préstamo, así como la existencia de oferta vinculante, no demuestra que se negociara sobre la cláusula suelo litigiosa, así debemos recordar, que, como ha señalado la STS (pleno) de 8 de septiembre de 2014, no es suficiente *“la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta.”*.

Código Seguro de verificación: V4R4v3m8BZP9c0Ynab3kpg== Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 36/2006 de 30 de octubre de firma electrónica.

FIRMADO POR			FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	3/17
				



Debemos recordar que condición general es aquella cláusula predispuesta, con el objetivo de ser aplicada a varios de contratos, redactada de forma previa y unilateral por la entidad predisponente, que se incorpora al contrato sin haber sido negociada, integrando el contenido del contrato al que el consumidor se adhiere, sin posibilidad de influir en su contenido. Como indica la STS de 9 de mayo de 2013, se presume que estas condiciones no son solo aplicadas al contratante específico con el que se concierta una determinada operación, sino que están destinadas a ser empleadas en una pluralidad de contratos, estableciendo por ello que *"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"*.

Por otra parte, existe, una regla específica sobre la carga de la prueba (artículo 82.2, párrafo segundo, del TRLGDCU, idéntica a la del 10 bis Ley 26/1984, de 19 de julio), de modo que al profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba, en el ámbito de la contratación con consumidores, de modo que cuando se pretenda sostener que determinada cláusula inserta entre el condicionado general ha sido objeto de negociación individual será el predisponente el que debe demostrarlo, sin acreditarlo en este caso.

No cabe confundir entre "libertad de contratar", de celebrar o no un contrato, con limitación de la "libertad de contratación", esto es, de fijar sus términos y condiciones, que se reservó aquí exclusivamente al predisponente, como es característico de las condiciones generales de la contratación.

En el caso de autos, la redacción de la cláusula suelo (incluida dentro de la cláusula 4ª relativa a "intereses ordinarios") es la siguiente:

"En cualquier caso, y a partir de la primera revisión, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del tres con setenta y cinco por ciento (3,75%) y un máximo del catorce por ciento (14%) nominal anual, cualquiera que sea ñla variación que se produzca".

Aunque la redacción de la condición general sea clara, cumpliéndose así el primer control de transparencia, ello no significa que el demandante, conociera la carga económica y jurídica que le suponía la cláusula suelo al concertar la novación hipotecaria el 4 de Agosto de 2006, en la que se le incrementa el suelo del 3,50 % pactado en la escritura de compraventa con subrogación y novación de 22 de Febrero de 2005, al 3,75 %, que es el pactado en la escritura de ampliación de préstamo de 4 de Agosto de 2006.

Como ha establecido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 *"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*

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[Redacted Signature]		FECHA	16/06/2020
	[Redacted Name]			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	[Redacted ID]	PÁGINA	4/17



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 tipo de referencia variable más el diferencial pactados”.

La STS de pleno de 8 de junio de 2017, recuerda, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada «cláusula suelo» en los contratos de préstamo hipotecario, que al aplicar el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato, debe permitirse que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. Por ello, señala el Tribunal Supremo que: “*A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.*

Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”

En la escritura se dio a la limitación a la variación del tipo de interés un tratamiento impropia y secundario, ocultando que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, quedando enmascarada la cláusula entre otros datos. El examen del cumplimiento del requisito de transparencia, en la incorporación de la condición general de la contratación en este caso (STS 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), no puede estimarse satisfecho por el cumplimiento por el empresario de los deberes exigidos por la legislación sectorial (OM 5 de mayo de 1994).

Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 2018:

“A su vez, la ratio decidendi de la sentencia recurrida sustenta la

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
FIRMADO POR	[Redacted Signature]		FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	5/17



superación del control de transparencia en la inteligibilidad y claridad de la oferta vinculante con relación a la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Dicha conclusión, a la vista de la formulación y tenor de la oferta vinculante, no resulta correcta, pues la cláusula suelo queda encubierta o enmascarada con relación a numerosas menciones y datos que dificultan la comprensión efectiva de la realidad resultante, esto es, que lo efectivamente contratado no era un contrato de préstamo a interés variable, tal y como indicaba la estipulación tercera bis de la oferta vinculante, sino un contrato a interés fijo variable al alza".

Añade la sentencia del TS de 22 de Mayo de 2018 que:

"La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede comportar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia, y el T.A.E. que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece".....

Por otro lado, esta sala también ha señalado que la mera lectura por el notario de la escritura pública y, en su caso, el acceso de los prestatarios a la minuta de dicha escritura, dentro de los tres días previos a su firma, no colman por sí solos los especiales deberes de transparencia que incumben al predisponente (entre otras, SSTS 464/2014, de 8 de septiembre y 614/2017, de 16 de noviembre respectivamente)".

Por otra parte, la STS de 24 de marzo de 2015 ya consideró insuficiente, en cuanto al examen del control de transparencia, la advertencia que pudiera haber realizado el notario al concertarse el préstamo.

TERCERO.- La cuestión objeto de debate se centra en que se argumenta que el acuerdo privado celebrado por las partes el 30 de Mayo de 2014 constituye una negociación que pone de relieve el conocimiento por los prestatarios de la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo y la información recibida.

Código Seguro de verificación: WS051JUNTADEANDALUCIAES. Permite la verificación de la integridad de una

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 36/2006, de 14 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA		16/06/2020
ENRIQUE PABLO PINAZO LOBES				
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA		6/17



El criterio seguido por esta Sala sobre otros documentos privados de similar redacción, entre otras en sentencias, la de 26 de Octubre de 2017, de 22 de enero y 22 de febrero de 2018, de 17 de mayo de 2018, es la de considerar que no estamos aquí ante un caso de anulabilidad, susceptible de confirmación, sino de nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, se ha destacar que en el acuerdo del 2014 no se incluye un pacto transaccional por el que se renuncie al ejercicio de la acción de nulidad a cambio de la supresión o disminución del tipo mínimo aplicable al préstamo, por lo que en ningún caso podemos apreciar que estemos ante un acto inequívoco expresivo de la voluntad de convalidación o confirmación de tal estipulación. Por tanto, la mera existencia de un pacto para la supresión o rebaja de la cláusula suelo, no impide que pueda declararse la nulidad de pleno derecho desde su concertación inicial, sin que tal convenio permita convalidar la estipulación.

No se cuestiona que el contrato privado suscrito el 30 de Mayo de 2014 está redactado por la entidad financiera profesional, empleando condiciones estereotipadas, dirigidas a ser empleadas en una pluralidad de contratos. Su contenido literal es el siguiente:

“Primero.- Modificación de condiciones financieras del préstamo.-

- Las partes aquí comparecientes, acuerdan que el tipo de interés a aplicar a las liquidaciones del Préstamo que se practiquen desde el mes de Junio del año 2014, inclusive, hasta el mes de Agosto del año 2016, el cual será del 3,25 % ciento nominal anual, siendo su Tasa Anual Equivalente (TAE) del 3,51 por ciento. Transcurrida dicha fecha se aplicará el tipo de interés que resulte de la revisión del mismo, efectuada de conformidad con el sistema de periodicidad establecidos en la Escritura de Préstamo y con el resto de modificaciones, en su caso, acordadas en este contrato.*
- Así mismo, la partes aquí comparecientes, **acuerdan suprimir** con fecha de efectos del día de la última liquidación de intereses practicada y hasta el vencimiento del Préstamo, **el Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo** por lo que el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo será el que resulte de la revisión de conformidad con la periodicidad y sistemas establecidos en la Escritura de Préstamo y con el resto de modificaciones, en su caso, acordadas en este contrato, reiterando en cualquier caso que el **Tipo de Interés Fijo Mínimo o cláusula suelo** aplicada hasta la fecha fue aceptada por el Prestatario con el pleno conocimiento de su existencia y que recibió toda la información necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma”*

Tal y como se ha resuelto en nuestras sentencias de 22 de enero y 22 de febrero de 2018 en esta cláusula se introduce de forma sorpresiva el último inciso de la estipulación y, de su redacción, no se infiere que su finalidad sea la de solucionar ninguna controversia litigiosa entre las partes.

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR		FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/17





Por ello, no podemos apreciar que el documento privado suscrito en el año 2014 constituya una transacción, sino una mera modificación del tipo de interés. Esta distinción, según ha establecido la STS 11 de abril de 2018, “tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez”, sin que podamos apreciar aquí que la novación forme parte de un acuerdo transaccional, así, *“Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito”*. La STS de 11 de abril de 2018 señala expresamente *“Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.”*

En el documento enjuiciado no se incluye ninguna referencia a que el cliente acepta la propuesta de supresión de la cláusula suelo a cambio de renunciar al ejercicio futuro de acciones judiciales. Como se indica en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 las partes no *“conviene realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad”*. Dado el carácter predispuesto de las cláusulas del acuerdo de 2014, no podemos apreciar, como exige la STS de 11 de abril de 2018, que exista una transacción transparente, y, que los consumidores, tal y como les fue presentada la novación, estuvieran en condiciones de conocer que la suscripción del documento implicaba una transacción por la que renunciaban al ejercicio de acciones judiciales dirigidas a la supresión de la cláusula controvertida y a la reclamación de las cantidades que se hubieran podido abonar indebidamente en aplicación de la misma.

En el mismo sentido se resuelve en la sentencia de esta sala de 25 de octubre de 2018 (rollo 321/18) al disponer que *El cumplimiento del control de transparencia, debe permitir al adherente conocer la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Por tanto ello excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, “tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha*

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

FECHA

16/06/2020

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

PÁGINA

8/17





cláusula.” (STS de pleno de 8 de junio de 2017).

, “Aquí tenemos que, como se desprende del apartado III “EXPONEN”, del contrato de noviembre de 2014, la mejora de las condiciones del préstamo se establecen por la vinculación del cliente con la entidad financiera, sin ninguna finalidad transaccional, fijándose como único objeto del contrato, la modificación de la financiación en favor del consumidor, con cita incluso de la Ley 2/94 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sin supeditarla a que los consumidores aceptaran excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo, haciendo así imposible cualquier reclamación por la aplicación de tal estipulación, y por el pago por el consumidor de un interés mínimo superior, que no debía haberse aplicado cuando fuese inferior el variable pactado, perdiendo así el derecho a percibir las cantidades abonadas en exceso.

Tras ello, y después de establecer, el contenido predispuesto por la entidad financiera, que la estipulación primera se dirige a la modificación de las condiciones financieras del préstamo, destacándose tal finalidad, resaltándose la supresión de la cláusula suelo, de modo secundario y sorpresivo se añade al final, que la obligación de pagar un tipo mínimo de interés se introdujo en el contrato con pleno conocimiento por el prestatario “de su existencia y que recibió toda la información necesaria para adoptar la decisión de contratar el referido préstamo con la misma”, pero sin reconocer los consumidores que esa información, para adoptar la decisión para contratar, se recibió con “antelación suficiente a la firma del contrato”, sin ser válida la cláusula suelo en otro caso, y sin admitir los adherentes, que no discutirían la validez de la cláusulas suelo contenida en el contrato originario, aceptando excluir futuras controversias judiciales respecto a la cláusula suelo. Ante un documento estereotipado y predispuesto, similar, donde el banco daba por facilitada la información en un swap, pero sin especificar en qué había consistido esta, la reciente STS de pleno de 17 de abril de 2018 consideró, inoperante la “cláusula predispuesta de exoneración de responsabilidad a modo de salvoconducto para eludir el cumplimiento de estrictos deberes legales”.

En consecuencia, dado que la parte actora, consumidor, realmente niega cualquier efecto transaccional al documento de 27 de noviembre de 2013, partiendo de su eficacia la entidad financiera, siendo oídas las partes sobre el contenido de tal documento, de su contenido no podemos estimar que por él quedase validada la cláusula suelo inicial, sobre la que en ningún caso se ha probado que el consumidor dispusiera, con antelación suficiente, antes de la celebración del contrato, de información comprensible sobre la existencia de la cláusula suelo, y la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato, no pudiendo establecer, por otra parte, como exige la STS de 11 de abril de 2018, que tal y como les fue presentada la novación, los consumidores estuvieran en condiciones de conocer que implicaba una transacción, donde aceptaban excluir

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	[Redacted Signature]		FECHA	16/06/2020
	[Redacted Name]			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	9/17



Esta Sala entiende que el documento privado de 30 de Mayo de 2014 incorpora un contrato válido por el que las partes acuerdan un tipo fijo del 3,25 % desde la fecha del contrato privado hasta la revisión del mes de Agosto de 2016, suprimiendo la cláusula suelo, de modo que habrá de reintegrarse las cantidades en virtud de la cláusula suelo hasta la fecha del contrato privado del año 2014, porque a partir de esa fecha dejó de aplicarse la cláusula suelo, tal y como ha resuelto la sentencia recurrida.

Aún cuando resulta evidente que las cláusulas están prerredactadas por la entidad demandada, hemos de partir de la base de que estos contratos no constituyen una novación de la cláusula declarada nula sino un nuevo acuerdo entre las partes. El hecho de que la cláusula fuera impuesta no implica per se que incumpla los requisitos de transparencia y ningún problema de comprensión puede apreciarse en la fijación de un tipo de interés fijo del 3,25 % durante un determinado periodo de tiempo y la supresión a partir de entonces del tipo mínimo. En este sentido se ha pronunciado la reciente STS de 13 de septiembre de 2018 en el que se hace constar que la declaración de nulidad de una cláusula suelo “...sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado”.

En el caso de autos, no concurre ninguna circunstancia que determine que el acuerdo suscrito en 2014 adolezca de ningún vicio de nulidad o que incumplan los controles de transparencia.

CUARTO.- Se invoca por la parte apelante la doctrina de los actos propios y el retraso desleal en el ejercicio de las pretensiones.

No puede hablarse como hace el recurrente de retraso desleal en el ejercicio del derecho. Si bien el ejercicio de la acción individual no está sometida a plazo, pues la acción de nulidad absoluta es imprescriptible, y el TJUE (STJUE 21 diciembre 2016, asunto C-119/15) considera que las reclamaciones deben hacerse dentro de un tiempo razonable, para que no sean contrarias a la buena fe y se acompañen a la seguridad jurídica (en el mismo sentido la sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C 542/08, EU:C:2010: 193, apartado 30 y jurisprudencia citada), tal circunstancia desde luego no puede apreciarse en el caso que ahora nos ocupa, cuando solo a partir del momento en que el consumidor ha tenido cabal conocimiento de que la cláusula adolece de nulidad pudo ejercitar su acción.

Como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 25 de

Código Seguro de verificación: YPD1328BFE0-0Yeeh3jag... Permite la verificación de la integridad de una Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 39/2006, de 13 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	ENRIQUE PABLO PINAZO TOBES 13/06/2020 10:31:42		FECHA 16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA 10/17



Octubre de 2019:

"Son reglas interpretativas que se extraen de la doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso que:

a). - La regla general consiste en que quien usa de su derecho, no ocasiona daño (qui iure sui utitur neminem laedit), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (STS 905/2007 y las sentencias allí citadas, así como las SSTs 1229/2004, de 29 diciembre y 769/2010, de 3 diciembre).

b). - Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación.

c). - En cualquier caso, deben concurrir los requisitos que se han exigido para que se constate la concurrencia de abuso o ejercicio desleal. Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre "Se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTs 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)".

d).- Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007 , que "la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima qui iure sui utitur neminem laedit salvo, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis (...)"

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos, mal cabe concluir que pueda existir un ejercicio desleal o tardío del derecho a ejercitar la pretensión esgrimida, a la vista de que no concurren los presupuestos antes enunciados.

Y en cuanto a los actos propios, como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 18 de Octubre de 2019 (sección 1ª):

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
FIRMADO POR	[Redacted Signature]		FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	11/17

"Resta por analizar la alegada infracción de la doctrina de los actos propios por parte de la actora. A este respecto ha de manifestarse que el principio general de "buena fe" impone a todos los miembros de la comunidad social unos deberes de conducta, es decir, una obligación de desenvolver determinados actos positivos o negativos, así principales como accesorios, que se proyectan sobre cualesquiera manifestaciones de su proceder y en todos los órdenes de sus relaciones intersubjetivas; deberes que, de modo muy particular, adquieren singular relieve en el tráfico jurídico. Una de las más importantes derivaciones de este principio concierne al deber de coherencia que, como medio de protección de la seguridad jurídica fundada en la apariencia, grava al sujeto vinculándole, salvo causa justificada, a desarrollar en lo sucesivo un comportamiento consecuente con su propia conducta anterior, al objeto de no defraudar la confianza, la fundada expectativa que su actuación precedente ha generado en los demás ("... los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables..." (STS, Sala Primera, 719/2007, de 15 de junio y 727/2007, de 15 de junio).

En otros términos, se trata de la conformidad de la conducta futura con la significación que al propio comportamiento precedente le ha asignado razonable y fundadamente la otra parte. Es concretamente una aplicación de la doctrina de la buena fe, y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos; ahora, siempre y cuando el negocio jurídico causa de tal comportamiento sea válido, presupuesto inexorable para hablar de vinculación de los actos realizados en cumplimiento del negocio jurídico en cuestión, pues solo ante una declaración o manifestación de voluntad -expresa o tácita- jurídicamente relevante, válidamente formada, consciente y deliberadamente exteriorizada, y revestida de plena eficacia se puede hablar de la vinculación de los propios actos.

Como vemos y así señala la resolución recurrida no es el caso sometido a enjuiciamiento en el que se parte de la falta de validez al devenir nula de pleno derecho de la cláusula controvertida, por lo que los actos llevados a efecto por el consumidor en cumplimiento de la misma carecen de efecto alguno al objeto de aplicar la doctrina examinada. Debe consecuentemente desestimarse dicho motivo de apelación".

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 15 de Octubre de 2019 (sección 5ª) nos dice que:

"tampoco consideramos que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios, alegada por la demandada, pues tal doctrina no puede servir para sanar un negocio nulo, ni es posible aplicarla en perjuicio del consumidor cuando dicho acto propio se hace derivar de un documento predispuesto y redactado por la propia entidad, bajo una oferta cerrada que el consumidor se ve obligado a

Oficina de Registro de la Audiencia Provincial de Baleares Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 39/2006, de 14 de mayo, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	[Firma manuscrita] ENRIQUE LÓPEZ FERRAZ		FECHA 16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA 12/17
			



aceptar a fin de acceder a una mera rebaja de su cuota y resultante de la aplicación de un tipo de interés impuesto, que al igual que la cláusula inicialmente pactada, no supera los controles de transparencia a que se ha hecho mención".

QUINTO.- Y en cuanto a la alegada improcedencia de inscripción de la sentencia en el registro de condiciones generales de contratación, dice la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Septiembre de 2019 que:

"Un motivo de infracción procesal idéntico al presente ha sido resuelto en la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre. Declaramos en dicha resolución que, conforme al art. 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en su redacción vigente a la fecha en que se dictó la sentencia recurrida:

"En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

De la literalidad de dicho precepto parecería deducirse que habrá de ser en ejecución de la sentencia firme recaída en un procedimiento sobre nulidad o no incorporación de condiciones generales, cuando el letrado de la administración de justicia habrá de procurar la inscripción registral del pronunciamiento acordado. Sin embargo, nada impide que el tribunal incluya dicha orden en su resolución, ni que lo haga en segunda instancia, pues ello ni mejora ni empeora la situación jurídica de la parte condenada (predisponente de la condición general afectada), puesto que, en todo caso, lo hubiera acordado o no el tribunal en la sentencia de apelación, el pronunciamiento judicial debería tener acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por mandato legal, una vez que la sentencia hubiera quedado firme.

En todo caso, lo que supondría una infracción legal sería que no se inscribiese la sentencia en el mencionado Registro".

SEXTO.- Por último, en cuanto a las costas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 2017 estableció que:

"En el presente caso, en cambio, la parte recurrida, demandada y apelante en las instancias, sí ha planteado la cuestión con claridad, proponiendo que, en lugar de la regla general del vencimiento (art. 394.1, párrafo primero, LEC , aplicable a las costas de primera instancia y también, por remisión del art. 398.1 LEC , a las de segunda instancia), se aplique la salvedad contenida en el mismo

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR		FECHA		16/06/2020
[Redacted Signature]				
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	13/17
				



párrafo del apdo. 1 del art. 394 en relación con el segundo párrafo del mismo apartado; es decir, que no se le impongan las costas de las instancias por presentar el caso, desde que contestó a la demanda hasta la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 , serias dudas de derecho sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo.

La tesis del banco demandado no carece de fundamento porque, ciertamente, el acuerdo de esta sala de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal prevé que el carácter sobrevenido de la doctrina jurisprudencial pueda tomarse en consideración para resolver sobre las costas. Este carácter sobrevenido se valoró, incluso, en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero , que fue la primera por la que ajustó la doctrina jurisprudencial a la de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 , para no imponer las costas del recurso de casación, pese a su desestimación, al banco recurrente.

Sin embargo, en trance de sentar un criterio sobre las costas de las instancias para todos los casos similares al presente en que, debido a la estimación del recurso de casación del demandante, esta sala deba pronunciarse sobre esas costas, no puede prescindirse de unos elementos tan relevantes como son, primero, que el pronunciamiento afecta directamente a un consumidor que vence en el litigio y, segundo, que el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a una sentencia del TJUE que, como la del 21 de diciembre de 2016 y según se desprende con toda claridad de su apdo. 71, se funda esencialmente en el derecho de los consumidores a no estar vinculados por una cláusula abusiva (art. 6, apdo. 1, de la Directiva 93/13).

A su vez, la circunstancia de que la modificación de la jurisprudencia nacional se deba a lo resuelto por el TJUE debe ponerse en relación con el principio de efectividad del Derecho de la Unión, conforme al cual la seguridad jurídica no debe salvaguardarse en un grado tan elevado que impida o dificulte gravemente la eficacia del Derecho de la Unión, por ejemplo porque permita proyectar hacia el futuro los efectos de la cosa juzgada y extenderlos a situaciones sobre las que no haya recaído resolución judicial definitiva con posterioridad a la sentencia del TJUE que contradiga lo afirmado en la sentencia de un tribunal nacional (STJUE de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08 , Olimpiclub).

El principio de efectividad, así entendido, ya ha sido tomado en consideración por esta sala al resolver asuntos sobre cláusulas suelo después de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 . Así, el auto de 4 de abril de 2017 (asunto 7/2017) lo valora para inadmitir a trámite una demanda de revisión de una sentencia firme que, ajustándose a la anterior doctrina jurisprudencial de esta sala, había limitado en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula suelo, razonando esta sala que lo pretendido en la demanda era proyectar la jurisprudencia del TJUE no sobre un asunto todavía

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

FECHA

16/06/2020

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

PÁGINA

14/17



pendiente de sentencia firme sino sobre un asunto ya resuelto por sentencia firme. Y la sentencia de esta sala 314/2017, de 18 de mayo , también lo toma en consideración, pero esta vez en favor del consumidor porque se trataba de resolver un recurso de casación interpuesto por el demandante, de modo que aún no había recaído sentencia firme, y el banco demandado-recurrido pretendía que, pese a lo ya resuelto por el TJUE, la primera sentencia de esta sala sobre cláusulas suelo, es decir, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , produjera efectos de cosa juzgada en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios.

En cuanto al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 hace las siguientes consideraciones.

«53 A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, 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.

»54 Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito , C-488/11 , EU:C:2013:341 , apartado 44).

»55 Por otro lado, se trata de una norma 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 (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito , C- 618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 63).

»56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai , C,-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 78).

»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 efecto 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

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.				
FIRMADO POR			FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	15/17
				



dicha cláusula.»

Pues bien, en virtud de todas las anteriores consideraciones esta sala considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.

El recurso debe, pues, ser desestimado íntegramente.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en la presente alzada (artículo 398.1 de la LEC).

En atención a lo expuesto, en nombre S.M. el Rey y por la autoridad conferida en la Constitución,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKIA S.A. contra la sentencia dictada con fecha de 25 de Octubre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Granada en los autos de juicio ordinario 948/18, debíamos confirmar y confirmábamos íntegramente la citada resolución, imponiendo al apelante las costas causadas en la presente alzada, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR

FECHA

16/06/2020

ID. FIRMA

ws051.juntadeandalucia.es

PÁGINA

16/17





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

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

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR			FECHA	16/06/2020
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es		PÁGINA	17/17
				

