

SENTENCIA N° [REDACTED]

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Rafael Morales Ortega

En la ciudad de Jaén, a seis de

MAGISTRADOS

mayo de dos mil veintiuno.

D. José Pablo Martínez Gámez

D^a. María Jesús Jurado Cabrera

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº [REDACTED] por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº**

[REDACTED] a instancia de [REDACTED] representada en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D^a María del Mar Carazo Calatayud y defendida por el Letrado D. Bartolomé Giménez Ibarra; contra Unicaja Banco S.A., representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora [REDACTED] y defendido por el Letrado [REDACTED]

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, con fecha 23 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "*ESTIMAR la demanda presentada por la Procuradora Sra. Carazo Calatayud en representación*

1

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

FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	1/9





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de [REDACTED] contra Unicaja Banco, S.A. y por
ello:

- Se declara la nulidad de la cláusula que contiene una limitación mínima del 3,5% a la variación en el tipo de interés nominal en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 7 de abril de 2004 manteniéndose vigente el resto del contrato de préstamo hipotecario, así como del contrato de modificación de condiciones de fecha 22 de marzo de 2016, dejando sin efecto lo allí acordado.

- Se condena a la entidad demandada a la eliminación de la citada cláusula y a la devolución de las cantidades que hubieren cobrado en virtud de la condición declarada nula, desde el inicio del préstamo, así como a la devolución de las cantidades que se vayan pagando de más por aplicación de la referida cláusula suelo desde la interposición de la demanda hasta la resolución del procedimiento, cantidades a determinar en ejecución de Sentencia, quedando fijadas las bases ya fijadas en el propio préstamo hipotecario con arreglo a las cuales se ha de efectuar la correspondiente liquidación: $\text{Capital pendiente de pago} \times \text{Tipo de interés anual nominal} \times \text{número de días del periodo de liquidación} / 36.000$, más los intereses legales conforme al fundamento jurídico QUINTO.

Se impone las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

TERCERO.- Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte actora, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 6 de mayo de 2021 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución

[REDACTED]

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	2/9



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

oportuna.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARÍA JESÚS JURADO CABRERA.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la instancia por la cual estimando la demanda interpuesta en nombre de [REDACTED] [REDACTED] contra Unicaja Banco S.A., declara la nulidad de la cláusula suelo recogida en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 7 de abril de 2004, así como del contrato de modificación de condiciones de fecha 22 de marzo de 2016, y se condena a la entidad demandada a la eliminación de la citada cláusula y a la devolución de las cantidades que hubieren cobrado en virtud de la misma desde el inicio del préstamo, imponiéndose las costas procesales a la parte demandada, se interpone por la representación procesal de esta última, alegando como motivos de impugnación la improcedencia de la nulidad del acuerdo de condiciones financieras, considerando que dicho acuerdo novatorio transaccional fue libremente suscrito y negociado por el que las partes acuerdan la supresión y eliminación de la cláusula, que debe considerarse como transacción, cumpliendo los criterios de transparencia y la inadecuada imposición de las costas, en cuanto procede desestimar la demanda; y subsidiariamente para el caso de que se confirme la sentencia no procede la condena en costas por concurrir dudas de derecho.

Los demandantes se oponen al recurso por los argumentos que exponen en su escrito y solicitan su desestimación y la confirmación de la

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

FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	3/9

sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Atendidos los términos en que se ha formulado el recurso, en cuanto al motivo de impugnación relativo al controvertido contrato de fecha 22 de marzo de 2016, no puede prosperar, pues el mismo, que por su contenido claramente aparece redactado por la entidad bancaria prestamista y suscrito a su iniciativa, no es una verdadera transacción en la que el prestatario consumidor renuncie a la acción para reclamar con pleno conocimiento de su transcendencia.

Esta Sala, reiteradamente ha venido sosteniendo (sentencia de 4-4-2019 y de 11-9-2020 entre otras), que esos meros documentos de novación, no tenían eficacia en cuanto a la renuncia a la acción para reclamar tanto la nulidad de la cláusula inicial, como a las cantidades devengadas en aplicación de la misma, a salvo que se tratara de una efectiva transacción de las partes, lo que pasaba porque constase la existencia de una previa situación de controversia solventada con esa transacción, y siempre que la misma pudiera calificarse de transparente, lo que requeriría que el consentimiento prestado fuera libre e informado, con ello nos ateníamos a lo que sostenía la sentencia del T.S. de 11-4-2018, y también a la que se derivaba de la doctrina del T.J.U.E., singularmente las sentencias de 21-2-2013 y de 14-4-2016, que permitían incluso la renuncia por parte del consumidor a la nulidad de una cláusula abusiva, exigiéndose un consentimiento libre e informado, lo que suponía la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas y que se ha reconocido reiteradamente (sentencia del T.S. 558/2017 entre otras) y recoge el art. 83 TRLDCU. Este es el criterio que aparece recogido en la sentencia del T.J.U.E. de 9-7-2020.

Al respecto, procede resaltar que en materia de consumidores, y lo es la actora con relación a los contratos suscritos con la demandada, por no haberse cuestionado de contrario, el art. 82.2 TRLGDLU, en consonancia con que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de probar tal

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA		PÁGINA	4/9





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

cuestión, existiendo una expresa inversión de la carga de la prueba. Así lo ratifica expresamente la sentencia del T.S. 241/2013 de 9 de mayo, a ello debe añadirse que, aunque la LCGC, no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del art. 82.2 TRLCU dispone que "el empresario como hemos dicho, asumirá la carga de la prueba, a tenor del art. 3.2 de la Directiva 93/13, "el profesional que afirme que una cláusula se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba", en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla; por lo que no puede recaer sobre el consumidor la carga de probar un hecho negativo, pues lo abocaría a la demostración de un hecho negativo, la ausencia de negociación, lo que configura una prueba imposible o diabólica que como precisa la sentencia del T.S. 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional vulneraría el derecho a la tutela efectiva, y además, el propio Tribunal Supremo parte de la premisa de que los contratos bancarios son, contratos predispuestos con condiciones generales de la contratación, dándole el tratamiento procesal de hecho notario y excluyendo por tanto la necesidad de prueba al efecto, y por tanto en los contratos de adhesión suscritos con consumidores opera una auténtica presunción iuris tantum de ausencia de negociación.

En consonancia con ello, la sentencia del T.S. 265/2015 de 22 de abril, establece que para que la cláusula pueda quedar excluida del control de abusividad es necesario que el predisponente explique cumplidamente las razones excepcionales que llevaron a negociarla de forma individual.

En este sentido, interesa en este punto hacer mención al control de transparencia de aquellas cláusulas que inciden en el precio del contrato, la sentencia del T.S. 367/2017 de 8 de Junio, declaro que, para reconocer la validez de la cláusula suelo debe probarse por el predisponente la directa correlación de alguna circunstancia excepcional que lo justifique.

De esta manera no existe duda de que la carga de probar el carácter

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

FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA		PÁGINA	5/9



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

negociado, equitativo y transparente de la cláusula es del profesional predisponente, siempre que el demandante sea un consumidor, como aquí sucede.

Y tal prueba no ha acontecido en absoluto en el caso que nos ocupa. De hecho la entidad demandada recurrente no alude siquiera a alguna prueba concreta que evidencie tan fundamental circunstancia, ni con ocasión del primer contrato ni con relación al segundo, sino que trata de inducir la del solo hecho de que se produjo una modificación del contrato originario en ese segundo contrato de 26 de marzo de 2015, dato absolutamente insuficiente ante la ausencia de acreditación de tal hecho. Es más, esa Sala ha declarado en ininidad de ocasiones que la sola existencia de un contrato posterior entre prestatario y entidad financiera prestamista en el que se modifique el préstamo primigenio no implica que se hayan proporcionado al primero las explicaciones pertinentes en la forma exigida por la jurisprudencia antes citada (sentencias de esta Audiencia Provincial de 5-9-2018 y 27-3-2019).

Es por ello y por lo argumentado en la sentencia de instancia con relación a la falta de prueba de la información suficiente que la entidad bancaria proporcionara a los prestatarios sobre el alcance real del contenido de las repetidas cláusulas, así como la imposibilidad de convalidar cláusulas afectadas de nulidad, por lo que en efecto debe confirmarse las declaraciones de nulidad que recoge la sentencia de instancia.

Igualmente, también deberá rechazarse el motivo de impugnación efectuado acerca al pronunciamiento de la sentencia en materia de costas procesales, sobre todo a raíz de la reciente sentencia del T.J.U.E. de 16 de julio de 2020.

En efecto, esta resolución ha considerado que la normativa comunitaria, en concreto, los artículos 6, apartado 1, y 7 apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a

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

FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA		PÁGINA	6/9



raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, contenido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. De manera que la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva, debe conllevar la condena en costas procesales a la entidad bancaria.

Por todo lo expuesto, los motivos de apelación alegada, habrán de ser desestimados, y en consecuencia confirmarse la sentencia de instancia.

TERCERO.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso.

CUARTO.- Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

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

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 2 Bis de Jaén, con fecha 23 de diciembre de 2019, en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el [REDACTED] debemos confirmar íntegramente dicha resolución con expresa imposición de las costas

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

FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	7/9



procesales de esta instancia al apelante, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación, y, en su caso por infracción Procesal siempre que la cuantía exceda de 600.000 euros y si no excediere o el procedimiento se hubiese seguido por razón de la materia cuando la resolución del recurso presente interés casacional, tal como determina el artículo 477 de la L. E. Civil, en el primer caso; y en el segundo cuando concurren los requisitos del artículo 469 de la indicada Ley, ambos preceptos en relación con la disposición final 16 del repetido cuerpo legal.

El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0721 20.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 2 Bis de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

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	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA		PÁGINA	8/9
			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.

Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	MARIA JESUS JURADO CABRERA 06/05/2021 10:58:55	FECHA	07/05/2021
	RAFAEL MORALES ORTEGA 06/05/2021 13:56:03		
	JOSE PABLO MARTINEZ GAMEZ 06/05/2021 14:18:40		
	ANGEL LUIS LUQUE NAVARRO 07/05/2021 09:05:23		
ID. FIRMA		PÁGINA	9/9

