

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 9 DE ALMERIA

CARRETERA DE RONDA 120, BLOQUE B 2ª PLANTA EDIF. CIUDAD DE LA JUSTICIA

Número de Identificación General: [REDACTED]

Procedimiento Ordinario [REDACTED]

SENTENCIA Nº [REDACTED]

En ALMERIA, a veintiocho de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos por [REDACTED] Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Núm. 9 de Almería, los autos de Juicio Ordinario número [REDACTED] promovidos por [REDACTED] representados por el/la Procurador/ Sr/a. ANA ALIAGA MONZON contra la entidad "BANKIA, S.A." representada por el/la Procurador/a Sr/a. [REDACTED] sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda de Juicio Ordinario, que fue turnada a este Juzgado, con base a los hechos y fundamentos de derecho que en la misma se exponen

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se evacuó traslado a la parte contraria, emplazándola por término de veinte días para comparecer en autos y contestar a la demanda. Transcurrido el término compareció la demandada, presentando escrito de contestación, oponiéndose al resto, siendo citadas las partes a la preceptiva Audiencia Previa.

TERCERO.- En la mencionada fecha se celebró la Audiencia Previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo recogida en medio apto para su grabación y reproducción, y en la que, tras negar la parte actora la existencia de pacto privado que elimine el suelo, cada parte se ratificó en su respectivo escrito, solicitando las pruebas que estimaron pertinentes. Admitida exclusivamente la prueba documental, de conformidad con lo establecido en el artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaron a continuación los autos pendientes de la presente resolución.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado todos los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora frente a la demandada una acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación. Concretamente, reclama en su demanda, con fundamento en la Ley sobre Condiciones Generales de contratación, Ley 7/1998 de 13 de abril de 1998, y 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, la declaración de nulidad de parte de la estipulación SÉPTIMA (suelo 3,5%) de la Escritura de Compraventa Subrogación y Ampliación de Hipoteca suscrita entre las partes el día 15 de julio de 2005 ante el Notario del Ilustre Colegio de Granada D. Higinio Pí Guirado, Escritura con número de protocolo 2.272 (doc. n.º 1, demanda). Dicha cláusula era del siguiente tenor: *“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 3, 50% nominal, anual, y un máximo del 14% nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca”*. Como consecuencia de ello interesa la devolución de las cantidades cobradas indebidamente por la aplicación de las referidas cláusulas. La demanda se basa sustancialmente en el hecho de que en la referida escritura se contiene la cláusula cuya nulidad insta en base a la falta de información suministrada al consumidor, dado su carácter indeterminado y genérico, la inexistencia de transparencia en la negociación e incumplimiento de normas imperativas aplicables.

Por su parte, la entidad demandada, tras impugnar la cuantía, alegar su falta de legitimación pasiva al tratarse de una operación de compraventa con subrogación y poner de manifiesto la prescripción/caducidad de la acción resarcitoria respecto de la cláusula suelo, se opuso, ya que entendía que dicha cláusula era plenamente válida, dada su transparencia, claridad, sencillez y que había informado adecuadamente de las condiciones del préstamo, las cuales habían sido objeto de negociación, habiendo facilitado a la contraparte, con anterioridad a la suscripción del préstamo, la información precontractual adecuada y suficiente. Igualmente afirmó, tanto que este hecho se desprendería de la circunstancia de que estemos ante un supuesto de subrogación, en el que la parte prestataria decidió por su propio interés modificar diferentes cláusulas del préstamo original, como que el Notario había realizado las correspondientes advertencias sobre la existencia y el alcance de las mismas. De la misma forma manifiesta que no concurren los presupuestos exigidos para que la declaración de nulidad lleve aparejada la devolución de cantidades, máxime cuando se han respetado las normas legales existentes al efecto.

SEGUNDO.- En primer lugar, es preciso analizar la incidencia que podría tener el hecho de que nos encontremos ante una cláusula insertada en contrato que inicialmente no se concertó con la parte demandante sino con [REDACTED]. Se plantea así cuál es el nivel de información exigido a la entidad bancaria al no ser ella la que propiamente suscribió el contrato que da lugar a la subrogación y si realmente la entidad demandada estaba interesada en el otorgamiento de la misma.

La presente cuestión ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo, en sentencias tales como la 643/2017, de 24 de noviembre, la 24/2018, de 17 de enero, la 42/2018, de 26 de enero o la 517/2018, de 20 de septiembre. En dichas sentencias se ha afirmado que: *"....el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo*





previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia.... Por tanto, sin perjuicio de la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información relativa al préstamo que en su día les fue concedido y en el que el comprador se dispone a subrogarse, la entidad bancaria, que debe prestar su consentimiento, mantiene su obligación de informar al futuro prestatario en los términos señalados". Pues bien, de la misma manera que el banco se informa de la capacidad económica del futuro prestatario antes de concederle un préstamo, es en ese momento previo cuando el banco ha de facilitar al consumidor la información sobre las condiciones del préstamo mismo. Información que ha de comprender la existencia de un límite a la variación del tipo de interés a aplicar, en las condiciones antes referidas, circunstancia que no se ha producido, por las razones que se expondrán a lo largo de la presente resolución.

Igualmente es preciso analizar la cuestión planteada relativa a la posible caducidad o prescripción con respecto a las acciones restitutorias por haber transcurrido el plazo en base a los artículos 1967.1 o 1301 del Código Civil, tanto desde la fecha de consumación del contrato como desde la fecha de cancelación del mismo.

En primer lugar, cabe destacar que la caducidad se trata de aquella institución por la que por el transcurso de cierto período de tiempo que, la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue, quedando el interesado impedido para el cumplimiento del acto o del ejercicio de la acción. El carácter automático de la caducidad, destaca, como una nota definitoria que contribuye a garantizar la seguridad jurídica en determinadas situaciones. En cuanto a la posible caducidad alegada por la parte demandada en relación con la acción de restitución ejercitada por la actora, la caducidad opera únicamente con respecto a la acción de anulabilidad; en este sentido, es jurisprudencia pacífica aquélla que considera que el art. 1301CC se predica con respecto a la acción de anulabilidad, y no de la acción de nulidad. En efecto, el art. 1301 CC se refiere a los contratos meramente anulables en que concurren los requisitos que expresa el art. 1261 CC como refiere el art. 1300CC, y no a aquéllos que puedan quedar viciados de nulidad radical o absoluta. (SSTS 4 de noviembre de 1996, 14 de marzo de 2000, 18 de octubre de 2005, 22 de febrero de 2007, 18 de marzo de 1008, 14 de noviembre de 2008). Por su parte, la acción de restitución es accesorio a la acción



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Barcode]			



principal de nulidad, la cual, no es una acción de anulabilidad y por tanto no resulta ser susceptible de que se le apliquen los plazos de caducidad previstos en el art. 1301CC. Es por lo expuesto, que procede desestimar las alegaciones de la demandada en cuanto a la caducidad de la acción de restitución ejercitada por la actora.

En relación a la prescripción, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la prescripción como una de las excepciones procesales en los términos del art. 416 LEC, es necesario resolverla, con carácter previo a entrar a valorar el fondo del asunto. La prescripción se trata de una institución contemplada en nuestro ordenamiento jurídico cuya finalidad es limitar el ejercicio en el tiempo de acciones, con la finalidad de garantizar una mínima seguridad jurídica y la consolidación de determinados derechos que podrían verse menoscabados como consecuencia del ejercicio extemporáneo o ilimitado de ciertas acciones. Es jurisprudencia pacífica en nuestro ordenamiento jurídico aquélla que considera que si bien la acción de nulidad es imprescriptible, -STS 1080/2008 de 14 de noviembre-, debe limitarse la acción de restitución mediante la figura de la prescripción por cuestiones de seguridad jurídica. Por su parte, el TJUE no ha quedado al margen de esta tesis y así lo ha entendido en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la fijación de plazos razonables del carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, teniendo en cuenta un plazo razonable de prescripción.

Efectivamente, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de la acción de nulidad está sujeta a una limitación temporal, que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que será de 5 años, de acuerdo con el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015 de 5 de octubre. De acuerdo con el art. 1939 CC al que se remite la Disposición Transitoria 5ª de dicha Ley, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma.

Así por tanto, cuestión indispensable resulta determinar cuál es el momento en el que dicha acción puede ejercitarse. Para ello, debemos tener en cuenta el art. 1969 CC que establece que el *plazo de la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*. A este respecto, conviene señalar que la concepción jurídica de la posibilidad de declaración de nulidad de determinadas cláusulas suscritas en préstamos en los que ha intervenido un consumidor, resulta ser una cuestión reciente con un escaso recorrido temporal, siendo no obstante, indiferente que los consumidores puedan ejercitar las acciones de nulidad que consideren oportunas en virtud del principio de imprescriptibilidad de las mismas. Ahora bien, dado que la acción de restitución resulta ser inmediatamente accesoria a la acción de nulidad -puesto que sin ésta última, la acción de restitución no existiría-, resulta adecuado considerar que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción restitutoria quede subordinada a la declaración judicial de nulidad.



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Barcode]			



Por lo expuesto, dado que en el presente procedimiento se ejercitan acciones de nulidad y acciones de restitución, ninguna de aquéllas se encuentra prescrita, por la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción de nulidad en el primer caso, y por la accesoriedad de la segunda. En su consecuencia, procede desestimar las alegaciones de la demandada en cuanto a la prescripción de la acción de restitución ejercitada por la actora.

TERCERO.- Sentado lo anterior y una vez resuelta la impugnación de la cuantía en el acto de la Audiencia Previa, conviene recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, en los casos de consumidores resulta imperativa la aplicación de la normativa protectora contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establece en su artículo 82.1 que "se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato" estableciendo el apartado 4 que "no obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 89", esto es, las cláusulas numeradas en dicho precepto serán nulas en todo caso sin que sea relevante atender a que hayan o no hayan sido negociadas individualmente. Así, el art. 85.6 dispone que serán nulas las cláusulas que "supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones".

La jurisprudencia del TJUE también nos da pautas orientativas para valorar la abusividad de las cláusulas. Así, por todas, la STJUE de 14 de marzo de 2.013, C-415 /11, en el asunto Aziz, señala que la Directiva sólo delimita de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula. El art. 3 apartado 3 de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva y el juez nacional debe valorar si hay "desequilibrio importante" teniendo en cuenta: la normativa nacional aplicable, cuando no exista acuerdo entre las partes, la naturaleza de los bienes o servicios y las circunstancias del caso en el momento de su celebración. Para determinar ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Comenzando por el análisis de la cláusula suelo controvertida, cuyo tenor literal es el siguiente *"En cualquier caso, la ENTIDAD tendrá derecho a exigir y el prestatario vendrá obligado a satisfacer intereses, como mínimo, al tipo del 4,00 % nominal anual; y como máximo al tipo del 14,00 % nominal anual, cualquiera que sea la variación que se produzca"*, conviene recordar que sobre la nulidad de la llamada cláusula suelo, derivada de acciones individuales de nulidad o colectivas de cesación, han existido resoluciones contradictorias en la última doctrina judicial que se plasman con claridad en SJM 2 Sevilla 30/09/2010 y en la SAP Sevilla 07/10/2011, que estima el recurso de apelación frente a la primera



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Barcode]			



sentencia indicada. En resumen, siguiendo lo indicado en la STS 09/05/2013, la SJM 2 Sevilla estimó que las denominadas "cláusulas suelo" existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores, debían considerarse condiciones generales integradas en una pluralidad de contratos, elaboradas de forma unilateral y previa por el predisponente operador bancario y, atendido el desfase en relación con las "cláusulas techo", las declaró abusivas y condenó a las demandadas a eliminar dichas condiciones generales de contratación, debiendo abstenerse a utilizarlas en lo sucesivo. Por su parte la mencionada sentencia de la AP Sevilla rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes. La doctrina judicial seguida en la citada sentencia del JM 2 Sevilla se manifiesta igualmente en otras resoluciones como la SJM 1 León 11/03/2011 o la SJM Cáceres 18/10/2011. Por su parte, la doctrina seguida por la citada sentencia AP Sevilla se ha manifestado en otras resoluciones como la SAP Madrid 13/07/2012 .

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo 09/05/2013, que estimó el recurso de casación frente a la SAP Sevilla 07/10/2011, resolvió la cuestión planteada en términos no coincidentes con ninguna de las resoluciones anteriores, para considerar finalmente la validez y la posibilidad de control judicial del carácter abusivo de las cláusulas suelo, incorporadas a contratos bancarios de préstamo a consumidores con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios. La STS parte de la inicial premisa de que no se cuestione por la partes de aquel procedimiento que las cláusulas allí analizadas son cláusulas predispuestas destinadas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.

En el supuesto analizado, no discutiéndose que nos encontramos a ante una condición general de la contratación, la situación concurrente en el presente proceso debe considerarse análoga en este punto a la descrita en la STS que venimos analizando. Y, por tanto, debe concluirse que estamos analizando condiciones generales de la contratación en los términos descritos en el art. 1 LCGC que establece *"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"*.

Seguidamente, la STS considera que no es obstáculo a esta consideración de condiciones generales de la contratación de las indicadas cláusulas suelo el que la condición se refiera a un elemento principal del contrato. Sobre este particular la STS indica en su apartado 142 *"En nuestro sistema una*



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Barcode]			



condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces los legítimos intereses económicos de los mismos".

Igualmente, considera la STS que no impide el análisis de las cláusulas que analizamos su conocimiento por el consumidor, ni el cumplimiento de los deberes de información exigidos por la normativa sectorial, cuando afirma que "a) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. b) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial."

Seguidamente, la STS realiza una serie de valoraciones sobre imposición de la cláusula y negociación de la misma en orden a razonar la posibilidad de analizar la abusividad de las mismas, plenamente aplicables al supuesto que estamos analizando, y en los siguientes términos: "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."

En relación al hecho de que el contrato se enmarque en sectores específicamente regulados por el ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en el presente caso, la STS considera que ello no impide el control se su carácter abusivo en los siguientes términos "Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "la 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



[Redacted]			
[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]			
[Barcode]			
[Redacted]			



c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

En relación a este punto indica la STS que estas cláusulas "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante."

-No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-.

- Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

-En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y

[illegible]



destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso."

CUARTO.- Vista la regulación contenida en la reciente STS, procede aplicar dicha doctrina al caso concreto que se enjuicia en el presente procedimiento. Y del análisis de la escritura de préstamo hipotecario y su ampliación objeto del presente procedimiento, siendo aplicable la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, se desprende que la cláusula suelo allí establecida no supera el control de transparencia establecido en la comentada STS y, por lo tanto, procede la declaración de su nulidad. A dicha conclusión se llega con el análisis de la propia escritura, en la que la cláusula suelo impugnada se incluye entre una abrumadora cantidad de datos (división del plazo en periodos de interés, forma de calculo del interés inicial, definiciones,...), entre los que queda encubierta sin resaltar en epígrafe separado, ni tan siquiera en negrita, salvo su valor numérico, pues se encuentra enmarcada de la genérica estipulación Séptima "MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO", apartado "intereses", lo que diluye la atención del consumidor. Se advierte, por tanto, en palabras del TS que la cláusula "se encuentra enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Al margen de lo anterior, tampoco se cumplen en caso de autos el resto de requisitos previstos por la comentada STS para considerar que la cláusula es transparente, y, por tanto, lícita, así:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

d) El Notario no advierte expresamente sobre la limitación de la variación de los tipos de interés aplicables, a pesar de lo manifestado en el escrito de contestación.

Pero no solo eso, es igualmente relevante a los efectos de poder declarar o no la nulidad interesada por la parte demandante, determinar si tal cláusula fue predispuesta e impuesta por el banco demandado, es decir, no fue



[Redacted]			
[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]			
[Barcode]			
[Redacted]			



objeto de una particular e individualizada negociación con el prestatario-demandante, y si éste fue debidamente informado, no solo sobre su incorporación al contrato de préstamo sino también y especialmente, sobre la trascendencia y efectos jurídicos y económicos que ello comportaba, de modo que llegaron a entender su importancia y el verdadero reparto de riesgos que deriva de su inclusión en el préstamo. En este punto, bien es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 advierte que en el caso de las acciones individuales de nulidad de condiciones generales de la contratación el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. Ahora bien, esto no significa que necesariamente se deba oír, tal y como se razonó en el acto de la Audiencia Previa, a todos las personas implicadas en el otorgamiento de la escritura, máxime cuando su declaración no contribuirá al esclarecimiento de los hechos, puesto que es evidente que mantendrán las versiones contradictorias sobre los mismos, motivo que ha propiciado la existencia del presente litigio.

Sentado lo anterior, es preciso señalar que recae sobre el Banco prestamista y no sobre los prestatarios consumidores, la carga procesal de acreditar cumplidamente la ocurrencia de ambos presupuestos, es decir, la negociación particular habida con respecto de la cláusula y el cumplimiento del deber de información que le incumbía para con el consumidor prestatario. Pues bien, el Banco demandado, tampoco ha conseguido acreditar, carga procesal que le incumbe ex artículo 217 LEC, ni que tal cláusula hubiera sido particularmente negociada con el demandante, ni que hubiera cumplido de forma adecuada y suficiente con el deber de información a que venía obligada según la normativa y doctrina jurisprudencial antes citada y que claramente va más allá del mero cumplimiento formal de lo exigido por la Orden de 5 de mayo de 1994 de Transparencia e información de las entidades de Crédito en los Préstamos Hipotecarios, en vigor en la fecha de la contratación.

La prueba aportada a estos efectos resulta insuficiente y no sirve para subsanar el déficit informativo en que incurre el banco demandado, puesto que no se ha aportado Oferta vinculante alguna u otro documento con suficiente fuerza probatoria al respecto, Es por ello, que este déficit probatorio no puede ser suplido con la declaración del director de la entidad bancaria donde se perfeccionó la operación, o incluso de la del propio Notario, que no podría ni debería decir otra cosa que la que conste en su escritura.

En base a lo anterior, y siendo que la cláusula impugnada en el presente procedimiento, no supera los requisitos de transparencia precisos para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, debe estimarse la demanda en este punto, declarando, de conformidad con los artículos 80.1, 82 y 83 del RDL 1/2007, LGDCU, la nulidad y eliminación de las



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Barcode]			



cláusulas tal y como se solicita, resultando el contrato válido y obligatorio para ambas partes, excluyendo la cláusula impugnada.

No obstante, también se señala en el escrito de contestación que nos encontramos supuesto de subrogación en el que la parte prestataria decidió por su propio interés modificar diferentes cláusulas del préstamo original.

Frente a ello, podemos traer a colación la TS, Sala Primera, de lo Civil, 354/2018, de 13 de junio, en la que se recoge que “en la sentencia 216/2018, de 11 de abril, declaramos lo siguiente: Que la cláusula suelo haya sido incluida en la escritura de ampliación y novación modificativa del préstamo hipotecario, subsiguiente al de compraventa y subrogación de los compradores de la vivienda en el préstamo hipotecario solicitado por el promotor, que es a lo que la Audiencia Provincial anuda la existencia de negociación, no supone que la cláusula suelo haya sido negociada. Habrá podido ser objeto de negociación el hecho mismo de la ampliación del capital del préstamo y del plazo de amortización, incluso el tipo de interés remuneratorio, principales elementos sobre los que se centra la atención del consumidor para prestar su consentimiento. Pero eso no significa que haya sido objeto de negociación el resto de las condiciones generales que reglamentan el contrato, y, en concreto, la inserción de la cláusula suelo. Ha de recordarse que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Por tanto, no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociado. En el presente caso, en que la Audiencia también extrae el carácter negociado de la cláusula suelo de que hubiera sido introducida con la ampliación del crédito, como una contraprestación al mismo, debemos aplicar la misma doctrina, y considerar que tal calificación es errónea. Si no existe ningún otro elemento de juicio añadido a la mera circunstancia de que la cláusula suelo fue introducida con ocasión de la ampliación del crédito y la variación de los plazos de amortización, no cabe concluir que hubiera sido negociada como contraprestación a la ampliación del crédito. Si hubiera existido alguna circunstancia ajena a la propia novación, como pudiera ser una comunicación de e-mail o una conversación sobre cuya existencia y contenido se hubiera dado testimonio, en ese caso la conclusión de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada. En consecuencia, al tratarse de una cláusula predispuesta por el empresario en la novación de un contrato concertado con un consumidor, tal cláusula es susceptible de control de transparencia que se desprende del art. 4.2 de la Directiva, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia”. Es por todo ello, que al no haber acreditado la parte demandada la existencia de negociación alguna, es por lo que tal motivo de oposición debe decaer.

QUINTO.- Respecto a las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula, es preciso traer a colación, la Sentencia del Tribunal de Justicia



[Redacted]			
[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]			
[Barcode]			
[Redacted]			



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.(...)”

Tras declarar el efecto restitutorio tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, continúa exponiendo la mencionada Sentencia. “73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

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

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un



	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
			[REDACTED]	



En consecuencia, y en aplicación de la citada sentencia, procede la restitución de los intereses remuneratorios abonados demás desde la fecha de inicio del préstamo hasta la efectiva supresión de la cláusula, debiendo cuantificarse dicho importe en el trámite de ejecución de sentencia, donde se verificará si la cláusula suelo se aplicó o no, a pesar de lo manifestado por la parte demandada. En este sentido la liquidación se practicará conforme al siguiente criterio: la demandada habrá de restituir a la parte prestataria las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios, como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula, en lo que exceda de la que la parte prestataria tendría que haber pagado de aplicarse estrictamente el interés variable previsto sin el tipo mínimo declarado nulo, ello a partir de la celebración de la escritura y hasta la efectiva supresión de la cláusula.

SEPTIMO.- Conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), procede imponer las costas a la demandada.

FALLO

1º.- DECLARO la nulidad de parte de la estipulación SÉPTIMA de la Escritura de Compraventa, Subrogación y Ampliación de Hipoteca suscrita entre las partes el día 15 de julio de 2005 ante el Notario del Ilustre Colegio de Granada D. Higinio Pí Guirado, Escritura con número de protocolo 2.272, en lo referente a suelo (3,5%).

3º.- CONDENO a la restitución de los intereses remuneratorios abonados demás por la parte actora desde la fecha de inicio del préstamo hasta la supresión de la misma (que serán calculados en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario de la presente resolución), más los legales desde cada uno de los pagos.

[illegible]



4º.- Se imponen las costas a la demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden formular recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Almería que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación y el recurrente deberá constituir y acreditar al tiempo de la interposición el depósito para recurrir de 50 euros, mediante su ingreso en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado, sin cuyos requisitos no se admitirá a trámite el recurso.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en ALMERIA.

"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."



[Redacted]			
[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]			
[Barcode]			
[Redacted]			