

**SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
ALMERIA**

AVDA. REINA REGENTE S/N

AtPublico.Audiencia.S1.Civil.Almeria.JUS@juntadeandalucia.es

Tlf.: 950-03-72-92. Fax: 950-00-50-22

N.I.G.

Nº Procedimiento: Recurso de Apelacion Civil

Negociado: C6

Autos de: Proced. Ordinario (Contratación)

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº9 DE ALMERIA

Apelante:

Procurador: ANA ALIAGA MONZON

Abogado: BARTOLOME GIMENEZ IBARRA

Apelado: UNICAJA BANCO, S.A.

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

DON



Permite la verificación de la juntadeandalucia.es/verificarFirma/
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR			
ID. FIRMA			1/13

MAGISTRADOS:

DON [REDACTED]

DON [REDACTED]

En Almería, a 29 de septiembre de 2021

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, ha visto en grado de apelación, Rollo [REDACTED] los autos de procedimiento ordinario (contratación [REDACTED] procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Almería, entre partes, de una, como parte apelante/apelada Unicaja S.A.U., y de otra, como parte apelada/apelante [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- El día 15 de julio de 2020, en el marco del procedimiento de juicio ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Almería, se dictó sentencia [REDACTED] con la siguiente parte dispositiva: "SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por lo que: SE DECLARA la nulidad de la cláusula suelo relativa a la limitación del tipo de interés variable contenida en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 3 de julio de 2008 objeto de autos, que se tiene por no puesta desde el momento de celebración del mismo, y SE CONDENA a la entidad citada abonar a la actora las cantidades que ésta haya abonado de más en aplicación de dicha cláusula desde el momento de celebración del contrato, lo cual se determinará en ejecución de sentencia de conformidad con



Permite la verificación de [REDACTED]

[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
ID. FIRMA	[REDACTED]	PÁGINA	2/13



el cuerpo de esta resolución, y hasta la fecha límite 27/11/2015; tal cantidad se verá incrementada en el interés legal de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo desde la fecha en que se efectuó su pago por el consumidor hasta la fecha de la presente sentencia, y desde ésta hasta el completo pago el establecido en el artículo 576 de la LEC. Sin costas.”

TERCERO.- Notificada tal resolución, por la representación procesal de Unicaja Banco, S.A.U., se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra la misma.

Se solicitaba su revocación, declarando la validez de la transacción y renuncia efectuada por el prestatario, a través de acuerdo privado suscrito entre las partes.

CUARTO.- Con traslado a la demandante, se presentó escrito de oposición al recurso de apelación e impugnación de la sentencia.

Así, solicitaba que se impusieran las costas de la primera instancia a la parte demandada.

QUINTO.- Conferido traslado a la inicial apelante, se presentó escrito de oposición a la impugnación.

SEXTO.- Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

Así, formado rollo con personación de las partes, y sin necesidad de celebración de vista, se fijó fecha para la deliberación, votación y fallo, quedando las actuaciones vistas para el dictado de la presente resolución.

SÉPTIMO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las exigencias legales.

Ha sido designado ponente don [REDACTED] quien expresa la opinión de la Sala.



[REDACTED]			
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
[REDACTED]	[REDACTED]	PÁGINA	3/13

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Sobre el motivo del recurso de apelación*

La sentencia apelada declaraba la nulidad de la cláusula limitativa del interés a la baja -o cláusula suelo- inserta en la escritura pública de préstamo hipotecario formalizada entre las partes en fecha 3 de julio de 2008.

La representación procesal de la inicial demandada sostenía que debía otorgarse validez al pacto firmado entre las partes el día 27 de julio de 2015, por el que la prestataria manifestaba su conformidad con la aplicación de la cláusula suelo. Entendía que el acuerdo era válido, ya que emanaba de la libre voluntad de las partes y superaba cualquier control de transparencia.

Por su parte, la demandante -hoy apelada- se quejaba del pronunciamiento relativo a las costas. Así, defendía que la estimación era íntegra y no parcial, por lo que era la entidad bancaria quien debía ser condenada al pago de las costas de primera instancia.

SEGUNDO.- *Sobre la nulidad de la autodenominada renuncia y la revisión de las condiciones financieras*

El recurso de apelación formulado toma su origen del acuerdo privado suscritos el 27 de julio de 2015, en el que la prestataria, a criterio de la entidad bancaria, renunciaba al ejercicio del derecho futuro a efectuar reclamaciones.

Este acuerdo se aporta como documento número 2 de la contestación a la demanda. Nos encontramos ante un escrito de una sola hoja que incorpora tres cláusulas. Así, la primera de ellas señalaba: “1. El prestatario manifiesta expresamente conocer las condiciones financieras vigentes del préstamo arriba identificado, estar informado, comprender las mismas y mostrarse conforme con su aplicación (...)”.



Permite la verificación de la

[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	4/13

Se desprende de la redacción de tal acuerdo una doble consecuencia. En primer lugar, existe una novación -punto 2-. Así, el tipo mínimo aplicable -suelo- se reduce temporalmente.

Y, de forma más difusa, nos encontraríamos ante una renuncia del prestatario a los derechos que le pudieran corresponder en un futuro para reclamar la posible abusividad de la cláusula suelo, pues señala el acuerdo que el contratante manifiesta expresamente conocer las condiciones financieras vigentes y mostrarse conforme con su aplicación -punto 1-.

Estamos ante un supuesto muy similar al examinado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, número 216/2021, de 20 de abril, que señalaba que “en nuestro caso, la renuncia se enmarca dentro de una transacción, un acuerdo alcanzado para dar solución a una controversia latente desde que se hizo pública la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entre la entidad financiera y los prestatarios, y pretendía evitar un litigio en relación con la cláusula suelo inicialmente incluida en el contrato de préstamo hipotecario.”

La sentencia recurrida, analizando tal acuerdo en conexión con las pretensiones iniciales de las partes, declaraba la nulidad de la cláusula suelo, entendiendo que el acuerdo no tenía naturaleza transaccional y “que no se renunció al ejercicio de ningún derecho.”

Tal pronunciamiento no se comparte por la recurrente, que considera que el acuerdo emana de la libre voluntad de las partes -amparada en el artículo 1255 del Código Civil-. Califica la “revisión de condiciones financieras de préstamos vigentes” como una auténtica transacción en virtud de la cual se introducen cláusulas que superan el doble control de transparencia, siendo de aplicación la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2018.

Descendiendo a nuestro caso concreto, debemos partir del préstamo hipotecario inicial, que contenía una cláusula limitativa del interés a la baja. Posteriormente, en el año 2015, se produce una novación en virtud de la cual se rebaja temporalmente el interés mínimo aplicable. Y es en dicho acuerdo o



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	5/13

novación donde se introduce una cláusula en la que el prestatario muestra su conformidad con la aplicación de la cláusula suelo.

A propósito de ello, resulta conveniente citar la reciente sentencia de 9 de julio de 2020 del TJUE, cuyos criterios han sido asumido por el Tribunal Supremo en sentencia 63/2021, de 9 de febrero, y sentencia 216/2021, de 20 de abril.

Así declaraba el TJUE que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que “no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda **ser objeto de un contrato de novación** entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, **siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional**”.

En segundo lugar, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que “cabe considerar que la propia cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, **no ha sido negociada individualmente y puede, en su caso, ser declarada abusiva**”.

Además, el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula suelo, “**deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula “suelo”,** en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés”.



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	6/13

Es decir, la renuncia del consumidor es válida siempre que haya emanado de un consentimiento libre, consciente e informado, de manera que esté en condiciones de conocer las consecuencias económicas de lo pactado. En particular, mediante la puesta a su disposición de la información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

Señalaba el TJUE que “por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional -en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto- haya puesto a su disposición todos los datos necesarios”.

Y, entre otros datos, entiende nuestro Tribunal Supremo -sentencia 216/2021, de 20 de abril- que debe atenderse a la información ofrecida sobre el valor que tenía el índice de referencia en el momento de pactarse la novación; la facilidad y claridad en la comprensión de la cláusula; y la proximidad entre la fecha de novación y la fecha en que comenzó la aplicación de la cláusula suelo.

En nuestro supuesto, no nos encontramos ante una expresa e indubitable renuncia en los términos a que se refería nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11 de abril de 2018. De la cláusula solamente se desprende una conformidad con la aplicación del suelo anteriormente pactado. Pero no es una renuncia propiamente dicha.

En cualquier caso, debemos indicar que la denominada renuncia -cláusula primera del acuerdo privado- es nula. Y ello por dos motivos: 1) la cláusula suelo o limitativa del interés a la baja prevista en el contrato inicial es nula, pues así lo declaró la sentencia recurrida, sin que el recurso de apelación haga referencia a tal



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	7/13

considerando. De este modo, la novación no puede purificar o depurar lo que es nulo; y 2) existe una falta de transparencia en la hipotética renuncia, pues no consta en el procedimiento que se proporcionase información específica al consumidor de forma previa a la firma de la transacción. No se indica al consumidor cual es la carga económica y jurídica de su conformidad con la aplicación de la cláusula suelo. El documento de revisión de condiciones financieras es escueto -no ocupa más de una página- y no contiene una renuncia expresa de los consumidores a ejercitar acciones futuras. A mayor abundamiento, el artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impone al empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente la obligación o carga de probarlo.

Todo lo anterior es aplicable al punto 1 del acuerdo privado suscrito entre las partes. Sin embargo, no es extensible al punto 2. Y ello, debido a que la cláusula de novación es clara, comprensible y su redacción no adolece de preceptos oscuros ni de difícil entendimiento. Asimismo, con posterioridad a la resolución recurrida, tal criterio mantenido por el juzgador ha sido refrendado, para un supuesto muy similar, por el Tribunal Supremo -sentencia 216/2021, de 20 de abril-.

Por lo tanto, la sentencia recurrida debe permanecer invariable, debiendo diferenciarse dos partes dentro del acuerdo privado suscrito: la autodenominada renuncia a derechos futuros por parte del consumidor -punto que debe ser declarado nulo-; y la disminución temporal del tipo de interés mínimo aplicable y su posterior eliminación -punto 2-, que es perfectamente válido por superar el control de transparencia.

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación.

TERCERO.- Costas en primera instancia



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	8/13

Finalmente, se queja la parte demandante del pronunciamiento relativo a las costas.

Su argumento debe prosperar, pues no hay duda de que nos encontramos ante una estimación sustancial. En la demanda se solicitaba la nulidad de la cláusula suelo y del acuerdo privado, con restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las mismas.

Son dos principios los que determinan la imposición de costas a la demandada en primera instancia: el vencimiento objetivo y el principio de efectividad.

Y ello, porque la estimación ha sido sustancial -pues la pretensión principal ha sido estimada- y, además, cualquier duda jurídica o estimación parcial justifica esa pretensión de la parte conforme a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020.

Se indica en la misma que “la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 419/17, de 4 de julio, aplicó el principio de efectividad del Derecho de la UE, y en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, para excluir la aplicación de la excepción, basada en la existencia de serias dudas de derecho, al principio del vencimiento objetivo en materia de costas en los litigios sobre cláusulas abusivas en que la demanda del consumidor resultaba estimada. Declaramos en esa sentencia que, en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Concluimos en esa sentencia que la regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del



Permite la verificación de

[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	9/13

Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio”.

En efecto, las alegaciones del recurrente permiten apreciar una estimación sustancial de la demanda al declararse la nulidad de la cláusula invocada en la demanda. Ya hemos dicho en anteriores resoluciones -sentencia 190/2020, de 17 de marzo, entre otras- que el principio de vencimiento se refiere a las pretensiones sustancial ejercitadas, sin que pueda referirse a cuestiones accesorias como pueden ser peticiones subsidiarias o adyacentes como el recalcuro. Así, la condena en costas procede, aunque no se restituya la cantidad total reclamada.

A mayor abundamiento, con arreglo a la doctrina del TJUE fijada en su Sentencia de 16 de julio de 2020, una estimación parcial de las pretensiones de las partes en este tema no implica que no se pueda imponer las costas por la protección que se otorga a los consumidores, a efectos de la efectividad de su protección frente a las cláusulas abusivas.

En particular se dice en dicha resolución que “condicionar el resultado de la distribución de las costas de un procedimiento de esa índole únicamente a las cantidades indebidamente pagadas y cuya restitución se ordena puede disuadir al consumidor de ejercer tal derecho debido a los costes que implica una acción judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69). 99 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, procede responder a la duodécima cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 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 permite 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 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, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales.”



[Redacted]			
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
	[Redacted]		
	[Redacted]		
	[Redacted]		
[Redacted]	[Redacted]	PÁGINA	10/13



Por lo expuesto, se estima íntegramente la impugnación al recurso de apelación, condenándose a la demandada al pago de las costas procesales causadas en primera instancia.

CUARTO.- Costas en segunda instancia

El artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394.”

Y, el apartado segundo señala que “en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.”

La desestimación del recurso de apelación formulado por la inicial demandada determina la imposición de costas en esta alzada a la parte apelante.

En cambio, respecto de la impugnación, al haber sido acogida no procede efectuar condena en costas.

Por lo expuesto y, en nombre del Rey

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Unicaja Banco, S.A, contra la sentencia [REDACTED] de 15 de julio de 2020, dictada en el marco del procedimiento de juicio ordinario [REDACTED] del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Almería; así como **ESTIMAMOS** la impugnación de la sentencia realizada por la representación procesal de [REDACTED] y, en consecuencia:



[REDACTED]			
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
	[REDACTED]		
[REDACTED]	[REDACTED]	PÁGINA	11/13

1.- REVOCAMOS parcialmente la sentencia referida en el párrafo anterior, en el siguiente sentido, quedando invariables los restantes pronunciamientos:

a) *Condenamos a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en primera instancia.*

2.- CONDENAMOS a la parte apelante Unicaja Banco, S.A., al pago de las costas ocasionadas con el recurso de apelación.

3.- ACORDAMOS la no imposición de costas en esta alzada respecto de la impugnación a la sentencia formulada por la inicial demandante.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución de los depósitos en su caso constituidos para la interposición del recurso de apelación e impugnación de la sentencia.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

PUBLICACION.-

"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]
	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]	[Redacted] 13



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



Código seguro de verificación:8Y12VUGMGY3ERTXTZCPWW4VFUKANGA.

Permite la verificación de la integridad del documento electrónico en la dirección: <https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	MIGUEL MARTINEZ MULERO	FECHA	05/10/2021
	SALVADOR CALERO GARCÍA		
	EDUARDO MARTINEZ GAMERO		
	JUAN ANTONIO LOZANO LOPEZ		
ID. FIRMA	8Y12VUGMGY3ERTXTZCPWW4VFUKANGA	PÁGINA	13/13