



Roj: **SAP CA 1331/2020 - ECLI:ES:APCA:2020:1331**

Id Cendoj: **11012370052020100710**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cádiz**

Sección: **5**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **1604/2018**

Nº de Resolución: **1066/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS ERCILLA LABARTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz**

C/Cuesta de las Calesas s/n

Tlf.: 956 90 22 44 - 47. Fax: 956245271

N.I.G. 1101242M20170003928

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil 1604/2018

Negociado: JR

Autos de: Proced. Ordinario (Contratación -249.1.5) 372/2017

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 BIS DE CADIZ

Apelante: UNICAJA BANCO, S.A.U.

Procurador: ENRIQUE IGNACIO PEREZ-BARBADILLO BARBADILLO

Abogado: SUSANA JIMENEZ LAZ

Apelado: Gracia y Benigno

Procurador: CRISTINA PRIETO PENDAS

Abogado: JUAN ANTONIO MERA MARTIN

**S E N T E N C I A nº : 1066 / 2020**

**Presidente Ilmo Sr.**

**Don Carlos Ercilla Labarta**

**Magistrados Ilmos Sres.**

**Don Angel Sanabria Parejo**

**Don Ramón Romero Navarro**

Juzgado de Primera Instancia Cádiz nº 2 Bis

Procedimiento Ordinario nº 372/17

Rollo de Apelación núm 1604

Año: 2018

En la ciudad de Cádiz a día 26 de Octubre del 2020

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Juicio Ordinario, en el que figura como apelante la entidad UNICAJA BANCO, S.A.U., representada por la Procuradora Sra. Enrique Pérez-Barbadillo

Barbadillo, asistida por la Abogada Sra. Susana Jiménez Laz, y parte apelada D<sup>a</sup>. Gracia Y D. Benigno , representados por la Procuradora Sra. Cristina Prieto Pendás, asistidos por el Abogado Sr. Juan Antonio Mera Martín; actuando como Ponente el Il<sup>mo</sup>. Sr. Magistrado DON CARLOS ERCILLA LABARTA.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO.-

1º.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 bis de los de Cádiz, se dictó sentencia con fecha 20 de junio de 2020 cuyo fallo literalmente transcrito dice: " Que **ESTIMANDO SUTANCIALMENTE** la demanda presentada por la representación acreditada de DON Benigno contra UNICAJA S.A. ..:

- Se declara la nulidad por Abusividad de la la Cláusula Financiera (cláusula "suelo") prevista en escritura de **préstamo** hipotecario de fecha 28 de Febrero de 2012 contenido como CLAUSULA TERCERA BIS, manteniéndose la vigencia del **contrato** sin la aplicación de la misma.

- Se condena a la parte demandada a :

a.- Recalcular los cuadros de amortización de los **préstamos** hipotecarios desde su constitución como si nunca hubieran estado incluidas las cláusulas declaradas nulas, rigiendo dichos cuadros en lo sucesivo hasta el fin del **préstamo**, con la aplicación del tipo de interés de referencia sin la clausula declarada nula

b.- **.Reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la clausula nula, desde la fecha de constitución de los préstamos hipotecarios, asi como los intereses legales correspondientes a las mismas.**

**Cantidades que se determinarán, en ejecución de sentencia conforme al art 219 de la Lec , y las bases establecidas**

**Ello junto con los intereses legales generados desde el cobro de dichas cantidades hasta la presente sentencia ,y los intereses procesales del art 576 de la LEC hasta su completo pago.**

2- Se declara la nulidad por Abusividad de la la Cláusula de GASTOS de **préstamo** hipotecario de contenidas en las escritura referida , manteniéndose la vigencia del **contrato** sin la aplicación de las mismas.

Se condena a la parte demandada a abonar a la parte actora las cantidades abonadas por tales conceptos en aplicación de la clausula declarada nula en cuantía de 640,05 euros

**Ello junto con los intereses legales generados desde el cobro de dichas cantidades hasta la presente sentencia ,y los intereses procesales del art 576 de la LEC hasta su completo pago.**

3.Se declara la nulidad por Abusividad de la clausula de interés moratorio contenida en el referido **contrato**, manteniendo la vigencia del **contrato** sin la aplicación de las mismas.

**Con condena en costas a la parte demandada."**

2º.- Contra la antedicha sentencia por la representación de Unicaja Banco se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta Audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia, y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se señaló para votación y fallo, tras lo cual se hizo entrega al Il<sup>mo</sup>. Sr. Ponente, para dictar la resolución procedente.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

1º.- Se impugna en primer lugar por el apelante, aunque lo articule en segundo lugar, la improcedencia de la declaración de nulidad de la clausula suelo incluida en la escritura de **préstamo** hipotecario de fecha 29 de Febrero de 2012. Dicha escritura, tras indicar que los primeros 12 meses el interés sería fijo (clausula segunda) al 4,000%, establecía que a continuación el mismo sería variable, (Clausula Segunda bis), y consistiría en agregar al tipo de interés de referencia, 3,00 puntos sin ajuste ni conversión alguna, indicando que "En ningun caso el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior a 3,50% por ciento nominal anual". Acreditado que se trata de particulares, actuando como tales, no dentro de un trafico empresarial, entran los mismos dentro de la consideración de consumidores, con la existencia de una normativa protectora de los mismos frente a posibles cláusulas abusivas. En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios esta fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre



condiciones generales de la contratación, que adaptó el Derecho interno a la Directiva Comunitaria Europea 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los **contratos** celebrados con consumidores, y por último, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. De conformidad con la Directiva citada 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los **contratos** celebrados con consumidores "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del **contrato**. 2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los **contratos** de adhesión."( art 3). Asimismo, a tenor del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, "1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del **contrato**.", añadiendo que "El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del **contrato** y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del **contrato** o de otro del que éste dependa". Para responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 39). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, indicando que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un **contrato** celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el **contrato** siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Según se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el **contrato** establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Toda esta cuestión de eficacia y licitud de las llamadas cláusula suelo y techo, ha sido ampliamente estudiada por la actual Sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 9-5-13, en la que realiza un pormenorizado estudio de todas las cuestiones que sobre las citadas cláusulas pueden producirse, dando respuesta individualizada a cada una de ellas. Como indica la referida resolución "[l]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los **contratos** de **préstamo** hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los **contratos** de **préstamo** hipotecario objeto de esta litis". La referida sentencia establece que si bien las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del **contrato** y que como regla no cabe el control de su equilibrio, "Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un **contrato** y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone". Efectivamente, la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de **préstamos** hipotecarios a los consumidores que, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el **préstamo** en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja. En el presente supuesto no consta la entrega y explicación de dichos folletos, aunque los mismos pudieran existir en poder de la entidad bancaria, ni la existencia de simulaciones, ni aparece tampoco la existencia de Oferta Vinculante, con lo cual no existió dato alguno para su posible estudio y comprensión, ni para percatarse de la existencia de una cláusula suelo que viene a convertir un **préstamo** a interés variable en un **préstamo** a interés fijo modificable solo al alza. Las informaciones parece que tampoco fueron proporcionadas a los hipotecantes, como se mantiene en la declaración efectuada en la instancia, y en cuanto a la advertencia a realizar por el notario, el mismo nada indica sobre tal cuestión, y si bien como se ha indicado en otras resoluciones, citando la STS de 24 de marzo de 2015 que establece que dado que "la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del **contrato**, en el momento de la firma de la escritura de **préstamo** hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada", no obstante la actitud indicada refuerza el dato de que el consumidor no tuvo oportunidad de conocer o comprender dicha cláusula. Pero asimismo, y "admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el **contrato**, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están



incorporados a **contratos** con consumidores", así como que "es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del **contrato**". La referida resolución de 9 de Mayo, indica en relación a la Falta de información en las cláusulas suelo/techo, que "217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en **contratos** ofertados como **préstamos** a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en **préstamos** a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del **contrato** con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor". De hecho, como indica la misma "pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del **contrato**, las propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del **contrato**". En el presente supuesto, si bien consta en la escritura de **préstamo** hipotecario la existencia de la cláusula suelo, en el **contrato** se da mucha más relevancia a la determinación del tipo de referencia, al diferencial, y a otros datos, mientras que a la cláusula suelo no se le dedica sino unas líneas y dentro de un cúmulo de datos confusos, pasando prácticamente desapercibida, cuando de hecho y con la aplicación de la misma se puede convertir en interés fijo lo que se pactó como variable. Pero asimismo, debe partirse de que estamos en presencia de una cláusula predispuesta, es decir, no negociada individualmente, al menos no consta negociación de ningún tipo, con lo cual resulta que debe existir una información clara al consumidor acerca del contenido de las obligaciones que asume, y las consecuencias de dicha cláusula. En relación a tales cláusulas la citada sentencia del Tribunal Supremo indica que "a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de **contrato** sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de **contrato** dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario". En definitiva, la cláusula analizada (cláusula suelo), no puede considerarse transparente, siguiendo las pautas marcadas por la STS de 9 de mayo de 2013, ya que: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del **contrato**; no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, y en definitiva, supone la creación de la apariencia de un **contrato** de **préstamo** a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, lo que constituye uno de los supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro de los requisitos citados anteriormente (tal como señala el ATS de 3 de junio de 2013)". En su consecuencia debe entenderse que no supera la cláusula citada el control de transparencia real en el sentido de comprensión por el consumidor del verdadero reparto de riesgos que deriva de la inclusión de la misma, por lo que reproduciendo íntegramente los razonamientos realizados por la sentencia de instancia, deben desestimarse los motivos de recurso.

2º.- Se alega en segundo lugar en relación con la citada cláusula, que la misma ha dejado de tener eficacia en base a la modificación o revisión de condiciones realizada en 15 de Diciembre del 2015, lo que plantea en definitiva la validez de la misma, y es precisamente por dicha circunstancia y por haber sido traído al proceso dicho documento de REVISIÓN DE CONDICIONES FINANCIERAS DE **PRÉSTAMOS** VIGENTES, solicitando la parte demandada su validez, la razón de ser por la que debe examinarse el mismo, en el que se acuerda "1.- El PRESTATARIO manifiesta expresamente conocer las CONDICIONES FINANCIERAS VIGENTES del **PRESTAMO** arriba identificado, estar informado, comprender las mismas y mostrarse conforme con su aplicación, incluida la aplicación de un TIPO MINIMO ("cláusula suelo") hasta este momento. 2.- Considerando lo anterior las partes acuerdan, que durante el plazo indicado en el apartado "PERIODO DE VIGENCIA", del cuadro "MODIFICACIONES" de este documento, el tipo de interés anual aplicable al **PRESTAMO** será el especificado en el apartado "TIPO DE INTERÉS" de dicho cuadro. Finalizado el PERIODO DE VIGENCIA referido en el párrafo anterior, el tipo de interés nominal anual aplicable se determinará conforme a lo previsto en la escritura de **préstamo** y las modificaciones de esta formalizadas con anterioridad a la fecha de este



documento, excluyendo la aplicación del TIPO MÍNIMO pactado ("cláusula suelo") tal y como se establece en el apartado "TIPO MINIMO" del cuadro "MODIFICACIONES". 3.- Por la MODIFICACIÓN pactada en este documento no devengará ningún gasto ni comisión a cargo del PRESTATARIO". En definitiva lo que se venía a establecer era que siendo el **préstamo** a interés variable del EURIBOR más 3,00%, con un suelo del 3,50%, se establecía un interés fijo desde el 2-1-16 hasta el 2-2-1 del 3,079, transcurridos los cuales, se aplicaría el EURIBOR más el diferencial pactado, sin establecer mínimo. No se hace referencia a qué sucedía con los intereses indebidamente abonados ni se hacía referencia a nulidad de cláusula, sino únicamente tras establecer un interés fijo (como indica la sentencia de instancia superior al que correspondería como tal interés variable, posteriormente se aplicaba el **contrato** inicial de **préstamo** pero sin cláusula suelo. Como paso previo es preciso citar la STS 558/17 de 16 de octubre, que indica que "5. la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del **contrato** ( sentencia 654/2015, de 19 de noviembre , y las que en ella se citan). 6. La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el **contrato** resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los **contratos** de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. 7. El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil , en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen". En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor. 8. Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables. 9. En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros **contratos** de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del **contrato** pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del **contrato**, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.". Es conocido conforme a la actual jurisprudencia, que si bien no cabe la novación de un **contrato** nulo de pleno derecho, si se viene admitiendo en algunos casos la existencia de una transacción, y así lo reconoce la STS de 11 de abril de 2018 conforme a lo cual "no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia". Es de citar asimismo, por su importancia la STJUE de 9 de julio de 2020 que establece "1.- 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. 2.- 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. 3) 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. 4) El artículo 3, apartado 1, considerado en relación con el punto 1, letra q), del anexo, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que: - la cláusula estipulada en un **contrato** celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada



como "abusiva" cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; - la cláusula mediante la que el mismo consumidor renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor". En consecuencia, y admitiendo la validez del acuerdo convalidatorio, se establecen una serie de requisitos acerca de la información, la transparencia, equilibrio de prestaciones, el conocimiento del objeto del acuerdo, la asunción de que se trata de convalidar una cláusula que era nula, etc... que no se producen en el presente supuesto. En el caso de autos no existía contienda judicial, y en cuanto al contenido mismo del acuerdo, no consta como se ha generado el mismo, ni la existencia de negociaciones, ni existen recíprocas concesiones de las partes con el mínimo de equilibrio y transparencia, sino únicamente la desaparición de la cláusula suelo inicial, cuya validez quedaba ya en entredicho conforme a la jurisprudencia existente en esas fechas, sin hacer referencia a la nulidad de dicha cláusula, sin que procediese devolución alguna de lo indebidamente abonado, y haciendo en dicha modificación una referencia a que el prestatario " manifiesta expresamente conocer las CONDICIONES FINANCIERAS VIGENTES del **PRESTAMO** arriba identificado, estar informado, comprender las mismas y mostrarse conforme con su aplicación, incluida la aplicación de un TIPO MINIMO ("cláusula suelo") hasta este momento", para así evitar la posible reclamación de lo indebidamente abonado. Tal circunstancia, unida a los demás datos citados, evidencian que el actor no fue informado convenientemente de la situación, existiendo una falta de transparencia que hace inexistente la transacción, por todo lo cual debe desestimarse dicho motivo de recurso, y en su consecuencia, es procedente la confirmación en dicho punto de la sentencia recurrida.

3º.- Se alega, asimismo en último lugar, la "indebida condena en costas a la mi representada por existir - a nuestro juicio - una estimación parcial de la demanda, basada en la desestimación de la petición devolutiva de cantidades derivadas del abono del impuesto de AJD, así como de la moderación de la restitución de los importes abonados como gastos de notaría y registro". En cuanto a las costas de la instancia, si bien la demanda ha sido estimada sustancialmente, lo que ya determinaría de por sí la imposición a la demandada de dichas costas, habida cuenta de que se declara la nulidad por Abusividad de la la Cláusula Financiera (cláusula "suelo") con condena a reintegrar a la parte actora las cantidades indebidamente cobradas, mas intereses, se declara también la nulidad por Abusividad de la cláusula de interés moratorio, y asimismo se declara la nulidad de la Cláusula de GASTOS, con lo cual debe entenderse la demanda como estimada sustancialmente, a los efectos de imponer las costas de la instancia. Pero asimismo, también es de aplicar, el contenido de la muy reciente STJUE de 16 de julio de 2020, que indica: "98 En este caso, la Directiva 93/13 reconoce al consumidor el derecho de acudir a un juez para que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual y para que se deje sin aplicar. Pues bien, 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.". En consecuencia y en cualquiera de los dos supuestos procede imponer al apelante las costas de la instancia, y desestimado íntegramente el recurso es procedente la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

**Que desestimando** el recurso de apelación interpuesto por la representación de Unicaja Banco, S.A.U. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 bis de los de Cádiz en los autos de que este rollo trae causa, **debemos confirmar y confirmamos** íntegramente la misma, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme, procediendo contra dicha resolución, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, los cuales deberán interponerse ante esta Sala



dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"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."*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ