



Roj: **SJM MA 191/2013 - ECLI:ES:JMMA:2013:191**

Id Cendoj: **29067470022013100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **23/05/2013**

Nº de Recurso: **20/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **AMANDA COHEN BENCHETRIT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO DOS DE MÁLAGA

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº 20/13.

SENTENCIA

En Málaga, a 23 de mayo de 2013.

Vistos por mí, Amanda Cohen Benchetrit, Magistrada-Juez en comisión de servicio del Juzgado de lo Mercantil número dos de los de esta Ciudad y su partido judicial, los autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad, bajo número 20/13 que se han seguido ante este Juzgado, a instancias de D. Moises y de Dña. Estela, representados por el Procurador Sr. Carrión Marcos y asistido por el Letrado Sr. Bazaga Ceballos, frente a la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, representada por la Procuradora Sra. Conejo Doblado y asistida por el Letrado Sr. León Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 7 de diciembre de 2012, por el Procurador Sr. Carrión Marcos, en la representación que tiene acreditada en autos se presentó **demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación y reclamación de cantidad** frente a la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, solicitaba una sentencia en la que, estimando la demanda, se declarase la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el hecho primero de la demanda, por tener el carácter de abusiva; condenase a la entidad financiera a eliminar dicha condición del contrato de préstamo hipotecario; condenase a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 4.546,85 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como a devolver a los prestatarios todas aquellas cantidades que este vaya pagando de más por la aplicación de la referida **cláusula suelo**, durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito. Asimismo, solicitaba la condena en costas de la entidad demandada.

SEGUNDO.- Por decreto de 10 de enero de 2013, se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la demandada para contestación.

TERCERO.- Contestada la demanda en fecha 27 de febrero de 2013, por Providencia de 4 de marzo de 2013, se convocó a ambas partes para la celebración de la audiencia previa el día 21 de mayo de 2013, a las 11.00 horas.

CUARTO.- El día señalado se celebró la audiencia con el resultado que obra en autos. Ambas partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación.

Concedida la palabra para la proposición de prueba, por la parte actora se solicitó la documental.

Por la parte demandada se propuso la documental.



QUINTO.- Siendo la prueba documental la única propuesta y admitida y no habiendo sido impugnada, los autos se declararon vistos para sentencia sin necesidad de celebración de vista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 429.8 LEC .

SEXTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales en cuanto a los plazos para el dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora, Dña. Estela y D. Moises , solicita por medio de su demanda que se declare la nulidad de la **cláusula suelo** incorporada al contrato de préstamo hipotecario que tienen suscrito con la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., por tener el carácter de abusiva. Pide, asimismo, que se condene a la entidad financiera a eliminar dicha condición del contrato de préstamo hipotecario y a la devolución a los prestatarios de la cantidad de 4.546,85 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como a devolver a los prestatarios todas aquellas cantidades que este vaya pagando de más por la aplicación de la referida **cláusula suelo**, durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito, más las costas del procedimiento. Manifiesta la parte demandante que en los contratos de préstamo hipotecario firmados con la entidad demandada en agosto de 2006 y enero de 2009 consta inserta una **cláusula** con un tipo de interés mínimo de referencia al 3,250%, (conocida como **cláusula "suelo"**), mediante la cual por mucho de baje el tipo de referencia, siempre se aplicará el tipo mínimo del 3,250 %.

Estima la parte actora que nos encontramos ante una condición general de la contratación de carácter abusivo por tratarse de una **cláusula** no negociada individualmente incorporada de manera generalizada por la entidad bancaria que transgrede el principio de buena fe contractual al ocasionar en perjuicio del cliente un desequilibrio de las obligaciones injustificado y favorable a una sola de las partes (la entidad demandada). Todo ello, según la versión de los hechos que ofrece la parte actora, quien ejercita su acción al amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación y 3 , 8 , 9 , 80 , 82 , 83 , 87 y 89 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por 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.

La parte demandada, la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimatoria de la misma, manifestando que ni el establecimiento de la **cláusula** fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria de que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo de los actores, siendo el resultado de una negociación.

SEGUNDO .- Con carácter previo resulta interesante en el presente procedimiento fijar los hechos que han resultado probados a la vista del material probatorio que consta en autos:

En fecha 9 de agosto de 2009, Dña. Estela y D. Moises suscribieron escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., por un importe de 170.000 euros de principal. (documento dos de la demanda).

En la estipulación cuarta del citado contrato de préstamo se hace constar que "El préstamo devengará, a favor de la Caja y a cargo de la parte prestataria, a partir de hoy, un tipo de interés nominal a razón del 4,200 por cien anual, que será aplicable sobre la parte de capital prestado que esté pendiente de amortización, aplicándose a los saldos deudores diarios y abonándose de forma MENSUAL. El tipo de interés fijado anteriormente estará vigente, hasta el día QUE SE CUMPLAN 36 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DE LA PRESENTE ESCRITURA, fecha en la que tendrá efecto la primera revisión. A partir de esta fecha el tipo de interés aplicable al presente préstamo será variable tanto al alza como a la baja y revisable por períodos ANUALES, a contar desde la fecha de la primera revisión. El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 0,900 PUNTOS al tipo de referencia - tomándose como tipo de referencia el EURIBOR..... *No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15,000 por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3,250 por cien nominal anual*".

En fecha 21 de enero de 2009, los actores suscribieron un segundo préstamo hipotecario con la misma entidad por importe de 29.000 euros (documento dos de la demanda).

En la estipulación cuarta del citado contrato de préstamo se hace constar que "El préstamo devengará, a favor de Cajamar y a cargo de la parte deudora, a partir de hoy, un tipo de interés nominal a razón del 6,334 por cien



anual, que será aplicable sobre la parte de capital prestado que esté pendiente de amortización, aplicándose a los saldos deudores diarios y abonándose de forma MENSUAL. El tipo de interés fijado anteriormente estará vigente, hasta el día QUE SE CUMPLAN 12 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DE LA PRESENTE ESCRITURA, fecha en la que tendrá efecto la primera revisión. A partir de esta fecha el tipo de interés aplicable al presente préstamo será variable tanto al alza como a la baja y revisable por períodos ANUALES, a contar desde la fecha de la primera revisión. El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 1,200 PUNTOS al tipo de referencia - tomándose como tipo de referencia el EURIBOR-..... *No obstante lo anterior, se establece que en las revisiones el tipo de interés nominal aplicable no será superior al 15,000 por cien anual, salvo que resulte de aplicar por penalización por demora, ni inferior al 3,250 por cien nominal anual"*

El tipo de interés resultante de sumar 0,90 puntos o 1,200 puntos al tipo de referencia ha sido inferior al 3,250 por cien nominal anual en los años de vigencia del préstamo hipotecario, por ello, se ha aplicado el tipo mínimo previsto en la póliza, activándose la **cláusula suelo** recogida en la **cláusula** cuarta del contrato de préstamo con garantía hipotecaria (documentos 3 a 5 de la demanda, no impugnados de contrario, por lo que hacen prueba plena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 LEC).

La firma de las escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria fue precedida de oferta vinculante de la entidad demandada (documentos 3 y 4 de la contestación a la demanda)

TERCERO.- Previamente a analizar el resultado de la prueba practicada en autos, ha de partirse del cuadro normativo aplicable a los presentes autos, así como de las principales posturas que se mantienen por los Juzgados de lo Mercantil y las Audiencias cuando ejercitan acciones como la que nos ocupa, tomando como referencia para ello el artículo publicado por Dña. Montserrat , "El control de las **cláusulas** abusivas en la contratación con consumidores en la jurisprudencia".

Respecto de la normativa aplicable, en el ámbito comunitario contamos con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la reciente Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El art. 3 de la Directiva 93/13/CEE define las **cláusulas** abusivas en los siguientes términos:

*"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.*

*El hecho de que ciertos elementos de una **cláusula** o que una **cláusula** aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una **cláusula** tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

*3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de **cláusulas** que pueden ser declaradas abusivas."*

Por tanto, se considera que una **cláusula** no negociada es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

La Directiva no se aplica a las **cláusulas** contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas; disposiciones de convenios internacionales donde los Estados miembros o la Comunidad son parte (art. 1.2 Directiva)

La apreciación del carácter abusivo de una **cláusula** contractual tiene en cuenta: la naturaleza de los bienes o servicios que son objeto del contrato; las circunstancias que concurran en la celebración del contrato; las demás **cláusulas** del contrato o de otro contrato del que dependa.

En el ordenamiento nacional, nos encontramos con el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).



El art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) define las condiciones generales de la contratación diciendo:

*"Son condiciones generales de la contratación las **cláusulas** predisuestas 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".*

La LCGC tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

La Exposición de Motivos de la LCGC se refiere a las **cláusulas** abusivas y contiene una remisión a la Ley General de Consumidores y Usuarios. La referencia a esta Ley debe entenderse al Texto Refundido de la misma de 16 de noviembre de 2007. Señala la Exposición de Motivos de la LCGC:

*"Una **cláusula** es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. **Cláusula** abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus **cláusulas**, esto es, en contratos de adhesión particulares.*

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

*El concepto de **cláusula** contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en **cláusulas** predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.*

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

*En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de **cláusulas** contractuales abusivas recogidas en la ley, en concreto en la disp. adic. 1ª Ley 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."*

La regulación de la LGCC ha de ser completada, por tanto, con lo dispuesto en Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

El art. 80 TRLGCU establece los siguientes requisitos de la **cláusulas** no negociadas individualmente: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de **cláusulas** abusivas.

Y, en concreto, en el art. 82.1 TRLGCU encontramos la definición de **cláusula** abusiva. Señala el mencionado precepto:

*"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."*

El carácter abusivo de una **cláusula** debe apreciarse 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.



El art. 82.4 TRLCU considera en todo caso **cláusulas** abusivas las que: vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato; impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. Este precepto es desarrollado por el TRLCU en los arts. 85 a 90.

El art. 8 de la LCGC sanciona con nulidad a las condiciones generales que sean abusivas. Dicho precepto, tras declarar en su apartado 1º que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, en su apartado 2º, declara nulas en particular, las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose a la normativa de consumidores y usuarios (en la dicción literal, al art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y tras el RDLeg. 1/2007, habrá que entender por tales las enumeradas en los arts. 85 a 90 TRLGCU, a los que nos hemos referido en el apartado anterior)

El art. 10 LCGC regula los efectos de la declaración de no incorporación al contrato de las **cláusulas** de las condiciones generales o de nulidad de las mismas, previendo que las mismas no determinarán la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales **cláusulas**, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 1281 a 1289 CC).

Respecto de la *postura de los Tribunales* , existen dos posiciones encontradas. Por un lado, la de aquellos Juzgados que estiman que la **cláusula suelo** es nula, en tanto que condición general de la contratación de carácter abusivo, por lo que condenan a la entidad a eliminar la **cláusula** del contrato y a devolver al prestatario las cantidades cobradas de más por aplicación de dicha **cláusula**, entendiendo que la **cláusula** en cuestión no afecta a un elemento esencial del contrato (en este sentido, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y del Juzgado de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011).

Y, por otro lado, las sentencias que estiman que este tipo de **cláusula** no beneficia exclusivamente a la entidad financiera y, por tanto, consideran que no es nula por abusiva (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 9 de Madrid de 12 de septiembre de 2011).

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido recientemente ocasión de pronunciarse sobre el tema que nos ocupa en su sentencia 241/2013, de fecha 9 de mayo , concluyendo en dicha resolución, esencialmente, que:

"108. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 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, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (en este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartado 27; 9 noviembre de 2010 , VB Pénzügyi Lízing , C-137/08 apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, apartado 27; 26 abril de 2012 , Invitel, C-472/10, apartado 33; 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11, apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11, apartado 41).

109. Por esta razón y con el fin de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real, 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, dispone que "[l]os 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". Lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE en el sentido de que se trata de una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (en este sentido las ya citadas



SSTJUE de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, apartado 36 ; 4 junio 2009 , Pannon, apartado 25; 6 octubre 2009 , Asturcom Telecomunicaciones, apartado 30; 9 noviembre 2010, VB Pénzügyi Lízing , apartado 47 ; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, apartado 28; 26 abril de 2012, Invitel, apartado 34 ; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 40; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 20; y 14 marzo 2013, Aziz vs. CatalunyaCaixa, apartado 45)....

147. El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13 , a cuyo tenor "[s]e 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".

148. La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una **cláusula** o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base **cláusulas** predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

149. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "[a] los efectos de esta Ley se entiende por **cláusulas**, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992 , en el sentido de que "[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva ". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de **cláusulas** "no negociadas individualmente".

150. Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio , debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una **cláusula** contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las **cláusulas** contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente. Como de forma gráfica describe el Ministerio Fiscal, existe imposición cuando, elegido un determinado contrato, "[...] nada ni nadie evita al cliente la inserción de la **cláusula suelo** y techo".

151. Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

152. Máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección...

165. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir 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.

166. Finalmente, a fin de evitar equívocos, añadiremos que la imposición de **cláusulas** o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que *"comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico"*. De tal forma, que ni siquiera cuando la totalidad del contrato hubiera sido predispuesto por una de las partes, ya que, dentro de los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 535/2004, que *"la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad"*...

175. ... la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general.

176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual *"lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación"*. Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, *"una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor"*.

177. En el ámbito nacional la Exposición de Motivos de la LCGC advierte que del ámbito objetivo de aplicación de la norma se excluyen ciertos contratos, de tal forma que *"[t]ampoco se extiende la Ley -siguiendo el criterio de la Directiva- a aquellos contratos en los que las condiciones generales ya vengán determinadas [...] por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de **cláusulas** abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica"*, pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido...

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las **cláusulas suelo** forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las **cláusulas suelo** se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial...

191. Sin embargo, el hecho de que una **cláusula** sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo...

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las **cláusulas suelo** examinadas constituyen **cláusulas** que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. 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...

...200. En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles...

... 209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que *"[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen **cláusulas** no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...];-b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su*

existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la **cláusula** predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la **cláusula**, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una **cláusula** que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. 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.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una **cláusula** que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]"....

... 223. Lo expuesto lleva a concluir que las **cláusulas** analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las **cláusulas** - generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del **suelo** hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo -recordemos que el BE indica que " estas **cláusulas** se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas" -, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las **cláusulas** analizadas, no son transparentes ya que:

- Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- 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 el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor...

... 233. El análisis de las normas transcritas (artículo 8.1 LCGC , artículo 8.2 LCGC y artículo 3.1 de la Directiva 93/ 13) permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las **cláusulas** no negociadas los siguientes:

- Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.



c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de **cláusulas** perjudiciales para el profesional o empresario-...

... 256. Las **cláusulas suelo** son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la **cláusula** como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.

257. 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-.

258. 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**.

259. 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 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....

.... 274. Como hemos indicado las **cláusulas suelo** se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las **cláusulas suelo** por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

275. Pues bien, partiendo de lo expuesto, la nulidad de las **cláusulas suelo** no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus **cláusulas** no supone la imposibilidad de su subsistencia...

... 276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las **cláusulas** examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las **cláusulas** abusivas....

... k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las **cláusulas** controvertidas".

En definitiva, la STS (Pleno) 9 de mayo de 2013, al calificar como objeto principal del contrato de préstamo hipotecario las llamadas **cláusulas suelo** en los intereses variables que constituyen el objeto del contrato, ha venido a sentar que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre **cláusulas** abusivas no supone que el Derecho vigente en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las **cláusulas** que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad/precio. Entiende el Alto Tribunal que no cabe un control material de dichas **cláusulas** como abusivas, sino tan sólo un control de transparencia, estimando que en los contratos celebrados con consumidores existe un doble control o filtro de transparencia: por una parte, un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación "que es insuficiente para eludir el control de abusividad de una **cláusula** no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente" y, por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TR-LGDCU para las **cláusulas** no negociadas, que "incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Dicho en otros términos, como apunta el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La



Rioja, D. Sergio Cámara Lapuente, en su artículo para el Centro de Estudios de Consumo "No puede calificarse como **cláusula** abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia", "la STS viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para todas las condiciones generales que, superado, permite su incorporación y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la "carga económica" del contrato como la "carga jurídica" en el sentido de definición clara de la distribución de riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la **cláusula** puede ser declarada abusiva".

CUARTO.- Dicho lo anterior, centradas así las posiciones de las partes y efectuado el relato de hechos en el fundamento jurídico segundo, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, corresponde a la parte actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y a la parte demandada los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de aquellos, según el criterio general de carga de la prueba establecido en el art. 217.2 y 3 de la nueva L.E.C .

Conforme a lo analizado más arriba deberá determinarse si la **cláusula** en cuestión supera el control de transparencia indicado.

QUINTO.- Admitido, conforme a la STS de 9 de mayo de 2013 que la **cláusula suelo** es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a sus clientes del significado jurídico y económico que para ellos podía derivarse de la inclusión de la **cláusula** en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

La entidad demandada pretende acreditar que los demandantes tuvieron suficiente conocimiento del significado y consecuencias de la inclusión de la **cláusula suelo** amparándose en la oferta vinculante que precedió a la firma de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria y que se aporta como documentos tres y cuatro de la contestación a la demanda. En el caso concreto, la **cláusula** controvertida, al igual que el resto del contenido contractual, estaba incluida en la "oferta vinculante" que la demandada presentó a los clientes con anterioridad a la firma del contrato. Dicha "oferta vinculante" se encuentra regulada en la OM de 5 de mayo de 1994 (hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios - BOE de 29 de octubre-) y va precedida, según se contempla en dicha Orden Ministerial, de un proceso previo que comienza con la entrega al solicitante de un folleto informativo con las condiciones de identificación del préstamo, tipo de interés, plazos de revisión del tipo, gastos, importe de las cuotas, etc. Seguidamente y una vez tasado el inmueble, la entidad de crédito tiene que hacer una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras correspondientes a las **cláusulas** financieras señaladas en el Anexo II de la Orden (capital, amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, límites a la variación del tipo de interés, comisiones, tabla de pagos y TAE, gastos, intereses de demora) por un plazo mínimo de diez días. El cliente estudia las condiciones esenciales de la oferta y decide si la acepta o la rechaza. Si la acepta, se redacta la escritura pública, estando obligado el Notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable.

Esto es así en la teoría y en la letra de la Orden Ministerial. Sin embargo, en la práctica, la oferta vinculante se traduce en un "firme usted aquí" y la información del Notario suele resumirse en una lectura apresurada en la Notaría de las **cláusulas** financieras, entre las que pasa inadvertida para el común de los mortales la **cláusula suelo**. Por tanto, esta Juzgadora estima que el hecho de que existiera una oferta vinculante previa no supone per se que la entidad demandada haya cumplido con su obligación de transparencia, no compartiendo la conclusión alcanzada por la AP Sevilla en su Sentencia de fecha 7 de octubre de 2011 , que decía que "Esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información , la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación...".

No se ha acreditado por la entidad demandada que haya informado perfectamente a su cliente *del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el **suelo** estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.*



SEXTO.- Debe, en definitiva, estimarse la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, sin que ello conlleve la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma, con arreglo al artículo 10 del mismo texto legal.

Sobre este extremo se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de junio de 2012, respondiendo a una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación a un proceso monitorio y el examen de oficio del carácter abusivo de una **cláusula** sobre intereses de demora. Dicha resolución sostiene que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una **cláusula** contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Es decir, el juez nacional no tiene una facultad, sino una obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una **cláusula** contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, Asimismo, manifiesta que no puede modificar ni integrar el contenido del contrato tras declararla nula por abusiva.

En consecuencia, la **cláusula** nula por abusiva no puede ser ni modificada ni reparada, y se elimina del contrato, conservando el resto; sin contradicción con el artículo 83.2 del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias; el cual no puede permitir una integración en beneficio del predisponente (a quien se le ha atribuido mala fe para definir aquella como abusiva), dado que precisamente, tal integración debe operarse sobre el principio de la buena fe objetiva. Por todo ello, el préstamo hipotecario mantiene su vigencia, con eliminación de la **cláusula**, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo variable contenida.

Por último, como consecuencia de la nulidad declarada deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la **cláusula** (artículo 1.303 Cciv), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso, las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 Cciv), que establece la primacía de la Ley (artículo 1.303 Cciv) sobre la jurisprudencia (artículo 1 Cciv).

En el caso de autos, declarada la nulidad, han de estimarse las demás acciones ejercitadas en orden a devolver todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro, extremos que se determinarán en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje en el artículo 219 LEC.

SÉPTIMO.- Respecto de las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, que recoge el principio objetivo del vencimiento, deben imponerse a la parte demandada, al haberse estimado íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Carrión Marcos, en nombre y representación de D. Moises y de Dña. Estela frente a la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., representada por la Procuradora Sra. Conejo Doblado, y en consecuencia:

1º Debo declarar y declaro la nulidad de la condición general de la contratación descrita en el hecho primero de la demanda (**cláusula suelo**), es decir, de la **cláusula** del contrato de préstamo que establece un límite a la variación del tipo de interés, por tener el carácter de abusiva.

2º Debo condenar y condeno a la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, S. C. C., a eliminar dicha condición del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes.

3º Debo condenar y condeno a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de la cantidad de CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (4.546,85 euros) que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de la referida **cláusula**, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

4º Debo condenar y condeno a la entidad demandada a devolver a los prestatarios todas aquellas cantidades que estos vayan pagando de más por la aplicación de la referida **cláusula suelo**, durante la tramitación de este procedimiento, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.



5º Todo ello, con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte demandada condenada.

Esta Sentencia no es firme y contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN, que habrá de interponerse, en su caso, en el plazo de veinte días ante este Juzgado, contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución y que será resuelto por la Iltra. Audiencia Provincial de Málaga.

Para la admisión del recurso deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso seguido del código 02 y tipo concreto del recurso, de conformidad con lo establecido en la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición adicional decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia, de la que se deducirá testimonio para su unión a los autos, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, y por la Magistrada-Juez en comisión de servicios que la dicta, hallándose celebrando Audiencia Pública con mi asistencia, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ