



Roj: **SAP J 603/2015 - ECLI:ES:APJ:2015:603**

Id Cendoj: **23050370012015100245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Jaén**

Sección: **1**

Fecha: **17/06/2015**

Nº de Recurso: **236/2015**

Nº de Resolución: **269/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL MORALES ORTEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **SENTENCIA Nº 269**

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTA

D<sup>a</sup>. Elena Arias Salgado Robsy

MAGISTRADOS .

D. Rafael Morales Ortega

D<sup>a</sup>. María Fernanda García Pérez

En la ciudad de Jaén, a diecisiete de Junio de dos mil quince

Vistos en grado de apelación, por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos en primera instancia con el nº 14 del año 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, **rollo de apelación de esta Audiencia nº 236 del año 2.015**, a instancia de **D. Damaso Y D<sup>a</sup> Eloisa**, representados en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> Cristina León Obejo, y defendidos por el Letrado D. José A. Serrano Hermoso; contra **UNICAJA BANCO S.A.**, representado en la instancia y en esta alzada por la Procuradora D<sup>a</sup> Oliva Moral Carazo, y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Rocío Jiménez Miranda.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén con fecha 17 de Diciembre de 2014 .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por dicho Juzgado y en la fecha indicada, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda presentada en representación de D. Damaso y D<sup>a</sup> Eloisa contra UNICAJA BANCO, debo:

.- Declarar la nulidad, de la condición general inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 6/8/09 que dice textualmente ,en ninguno de los tramos, el tipo de interés aplicable al prestatario podrá ser inferior al 3'50 nominal anual."

.- Condenar a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición.

.- Condenar a la entidad a la devolución al prestatario de 4.329'94 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas a fecha de interposición de demanda, con sus intereses procesales

.- Condenar a la demanda a devolver al actor todas aquellas cantidades que éstos vayan pagando de más por la aplicación de las referidas cláusulas suelo más intereses hasta la ejecución definitiva de la sentencia que se dicte. A los efectos del art. 219 LECi, dicha cantidad vendrá constituida por la diferencia entre el interés que



hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido dicha cláusula suelo, es decir, Euribor más 1 punto y el efectivamente abonado, siendo el Euribor referido el existente al mes anterior de cada período.

.- Todo ello con imposición de costas a la parte demandada".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso por la parte demandada, UNICAJA BANCO S.A., en tiempo y forma, recurso de apelación, que fue admitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, presentando para ello escrito de alegaciones en el que basa su recurso.

**TERCERO.-** Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición por la parte demandante, D. Damaso y D<sup>a</sup> Eloisa , remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 1<sup>a</sup> se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día 17 de Junio de 2015 en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

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

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Morales Ortega.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada, en lo que no se opongan a los que a continuación se exponen.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Contra la sentencia de instancia por la que estimando la demanda presentada declara la nulidad por abusiva de la estipulación - Tercera bis- que contiene la cláusula limitativa a la variabilidad del tipo mínimo de interés del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la Entidad demandada por la promotora, y en el que se subrogaron novándola parcialmente los actores en escritura pública de compraventa, subrogación y novación otorgada el 6-6-09, acordando la inaplicación de la misma desde el inicio del contrato y consiguientemente la restitución a los actores de la cantidad de 4.329,94 euros indebidamente cobrada, más las que se fuesen pagando de más por la aplicación de la referida cláusula a lo largo del procedimiento, se alza representación procesal de la Entidad demandada reiterando los mismos motivos ya esgrimidos en numerosos recursos anteriores interpuestos por la misma para su resolución por esta Sala: la errónea valoración del requisito de la imposición a los efectos de considerar a la cláusula como una condición general de la contratación; improcedencia del sometimiento de la cláusula al control del carácter abusivo; incorrecta valoración por parte del Juzgador del control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013 , con consecuente error en la valoración de la prueba y cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula suelo; e indebida aplicación de efectos retroactivos de la nulidad declarada, conforme a la doctrina sentada en dicha Sentencia. Finalmente y de forma subsidiaria solicita la no imposición de las costas causadas al encontrarnos ante el supuesto excepcional de serias dudas de hecho.

**Segundo.-** Centrado así el objeto de debate en esta alzada, podemos adelantar ya que la apelación habrá de ser necesariamente rechazada, salvo el motivo relativo a la retroactividad sólo en parte por las razones que exponemos y por consiguiente el pronunciamiento sobre costas, por compartir esta Sala los criterios del Magistrado de instancia, como la apelante de sobra conoce al haber sido resueltas las mismas cuestiones que de nuevo plantea en idéntico escrito de recurso, entre otras, en sentencias de 6 , 7 , 13 y 28-5-15 , por citar las más recientes, en las que dicha Entidad fue parte, al ajustarse -decíamos- a los criterios mantenidos por esta Audiencia Provincial y por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales de España y por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , reiterada por la de 8 de septiembre de 2014 , y últimamente por la de 25 de marzo de 2015 .

Efectivamente, tanto en las resoluciones citadas como en otras anteriores, como el Auto de 9-4-14 o las sentencias de 23 y 27-6-14 , en las que también UNICAJA era parte, poníamos de manifiesto, que respecto a las cláusulas suelo por más que se insista en lo contrario, la STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 9 de mayo de 2013 ha declarado que tienen la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor y aunque afecten al objeto principal del contrato puede ser sometidas al control de abusividad por parte del Juez al formar parte del elemento esencial del mismo, control que es doble, el de su inclusión en el contrato y el de transparencia, de manera que estén redactadas de manera clara y comprensible.

Se establecen como criterios esenciales en los fundamentos jurídicos séptimo a undécimo:

a) Las cláusulas suelo afectan al objeto principal del contrato en tanto forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe.



- b) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que ésta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- c) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta, como la cláusula suelo, 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.
- d) La carga de la prueba de que la citada cláusula no es una condición general de la contratación, es decir, que no estaba prerredactada o destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario (art. 82.2 TRLDU).
- e) En todo caso, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud, porque 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".
- e) Consecuentemente, las cláusulas suelo no son contenidos contractuales, por naturaleza, ilícitos. 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.
- f) Por tanto, si bien el contenido del contrato relativo a su objeto principal y, por tanto, también lo concerniente al precio, no puede ser objeto de un control de contenido por la vía de la legislación de las condiciones generales de contratación, tal y como deriva del artículo 4-2 de la Directiva 63/13/CEE ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato), y ello ante la necesidad de respetar la libertad de precios en el marco de una economía de mercado, ello con la excepción de que... dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Es decir, en el caso de contratos con consumidores, la condición general para ser válida debe superar un doble control, el de inclusión y el de transparencia.

**A la luz de dicha doctrina, de la prueba practicada en el supuesto enjuiciado, ha de concluirse en contra de lo que se mantiene, que la cláusula suelo impugnada es una condición general, prerredactada por la propia entidad apelante, destinada a ser incorporada a una generalidad de préstamos hipotecarios como el de autos, y no negociada individualmente, como resulta del examen de las escrituras públicas -docs. nº 1 contestación y nº 2 demanda-, tanto la original otorgada con la promotora en la cláusula financiera Tercera bis, como en la de subrogación y novación -cláusula segunda- por ampliación de plazo, reducción de capital y de los tipos de interés, sin que el hecho de que tal subrogación y su novación, implique necesariamente como se pretende la existencia ni de ratificación ni menos aun de negociación alguna, ni la apelante justifica por medio alguno que la hubiera como se pretende y menos aun con relación a la limitación de la variabilidad a la baja del interés pactado, más bien al contrario la falta de modificación del mismo lo único que implica es su aceptación por los prestatarios al contratar, es más ni tan siquiera se acredita tuvieron conocimiento de las condiciones del préstamo al promotor, pues así se extrae del interrogatorio del actor, que manifestó que fueron a hablar con el Director y este les dió las condiciones -1:16-, aclarando que ellos no las modificaron, asumiendo las del particular que les vendió la vivienda y que no negociaron nada pues les dieron las condiciones hechas -2:27. Tales manifestaciones si bien en principio parecen venir contradichas por las manifestaciones del Director de la Sucursal Sr. Lucio, al hablar el mismo de la existencia de negociación, por el hecho de haber ampliado el plazo a 30 años, reducido el capital a 140.000 euros y el tipo de interés aplicable -4:12- y aun siendo cierto que el mismo dijo que podían haber concertado un préstamo nuevo con ellos o con la Entidad con la que venían trabajando 6:17- y que la negociación fue precisamente del tipo mínimo -6:55-, realmente luego aclara que lo que lo que concertaron en la novación efectuada fue el producto que se denominaba "hipoteca joven", que requería vinculación con domiciliación de nómina y otros productos para obtener bonificaciones ya predispuestas, para terminar admitiendo que se trataba de condiciones prerredactadas para la modalidad de hipoteca contratada según los catálogos de servicios de la Entidad -9:50-, luego por más que se haga incapié en que existió una ardua negociación durante dos meses por ser clientes nuevos, lo cierto es que durante ese tiempo existieron varios contactos no para negociación del tipo mínimo y ni siquiera del tipo de interés variable en el sentido de que tuvieron la posibilidad de influir en el contenido de ambos o incluso en la supresión del primero como se pretende, sino claramente para que los prestatarios aceptaran uno y otro según diseño previo de la entidad y de acuerdo con el grado de vinculación que estuviesen dispuestos aquellos a alcanzar con la Entidad.**

Por otro lado, por más que el párrafo en el que se establece la cláusula suelo, aisladamente considerado, pudiera ser claro, ("En ninguno de los tramos, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,50%



nominal anual") y es entendible por un consumidor medio, en contra de lo que se alega, se incluye en la estipulación financiera segunda de la escritura de compraventa, subrogación y novación, sólo se resalta en negrita el límite mínimo numérico del 3,50%, pero no el resto del contenido de la cláusula limitativa, al igual que el interés de referencia y el diferencial, incardinándose dentro del apartado referido a la -División del plazo en periodos de interés, tras hacer constar que durante los seis primeros meses será aplicable el 2,75%, y que a partir de entonces sería el referencial -Euribor- más el diferencial de 1 punto, de modo que ya de principio se establece un tipo de interés fijo inicial inferior al mínimo del 3,50%, pese a la escritura se otorga ya habiéndose producido el desplome de los tipos de interés, creando no obstante la apariencia de que lo que se pactaba era un interés variable para el resto de la vida del contrato. Es más sin solución de continuidad, en la misma estipulación se viene a definir el tipo de interés de referencia y los tipos sustitutos y sistema de comunicación de los mismos, explicando aquellos durante varias páginas, sin separación alguna que pudiera hacer más visible aquella estipulación, pudiendo concluir con toda lógica, que realmente es una redacción confusa y camuflada, por cuanto se crea una apariencia de que a partir de los seis primeros meses el préstamo tendrá interés variable cuando en realidad se está contratando un préstamo con interés fijo mínimo superior al fijo inicial establecido, haciendo ilusorias las expectativas de los actores en caso de bajar el tipo de referencia por debajo de aquel tipo mínimo.

Por tanto, tampoco se cumple el control de transparencia, ya que atendidos los parámetros establecidos en la STS de 9 de mayo de 2013, concurren casi todos los indicados -y entre ellos, la oferta como interés variable cuando en realidad se trata de un tipo fijo mínimo y tratamiento secundario en el contrato al ir enmascarada entre un conjunto de datos que impide conocer exactamente cuánto tendrá que pagar el prestatario-, si bien no es necesario, porque como aclaró el auto de 3 de junio de 2013 "constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas, y que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni determina que la presencia aislada de alguna o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse transparente a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

En definitiva, ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, al no determinarse un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5 % supone una falta de reciprocidad entre las partes, en la medida que a la prestación a cargo del consumidor, que será pagar el tipo fijo como suelo si el resultante del índice más el diferencial cae por debajo de aquel como ya venía ocurriendo, no le corresponde otra prestación de la entidad prestamista, por lo que tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad.

En el mismo sentido, se ha resuelto por recientes Autos de 27, 20 y 18 de marzo de 2014 y 28 de noviembre de 2013 de esta Sección 1ª, y Auto de 18 de Diciembre de 2013 de la Sección Segunda.

Se desestiman pues los motivos analizados relativos a la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

**Tercero.-** Finalmente, en lo que a la indebida aplicación de efectos retroactivos a la declaración de nulidad y consiguiente acción de reclamación de la cantidad indebidamente cobrada por tal concepto, este motivo habrá de ser estimado en la forma que pasamos a exponer.

Como en reciente Sentencia de esta misma Sala, de fecha 30 de abril de 2015 hemos tenido ocasión de resolver, tras el dictado y publicación de la STS de 25 de marzo de 2015, hemos cambiado el criterio seguido por esta Audiencia desde marzo de 2014. Decíamos en la de 30 de abril: "No obstante lo anterior, tras la STS, del Pleno de 25 de marzo de 2015, nuestro más alto Tribunal y ante las discrepancias surgidas en la interpretación de la anterior S. de 9-5-13 entre las distintas AA.PP., de forma contundente ha venido a establecer como doctrina en el punto 4 de su fallo: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013", y dicha doctrina es aplicable a todos los supuestos incluidos aquellos en los que se ejercita una acción individual de nulidad y reclamación de cantidad como razona en su fundamento de derecho noveno, tras aseverar que también en tales supuestos se produce una afectación del orden público económico.

Así pues, y por las propias razones de seguridad jurídica en que la sentencia referida apoya su pronunciamiento habremos de modificar el criterio que hasta ahora veníamos manteniendo y en aplicación de tal doctrina, estimar en parte la apelación interpuesta, debiendo limitar la eficacia de la declaración de nulidad de las cláusulas discutidas hasta el 9 de mayo de 2013, fecha a partir de la cual se habrán de abonar las cantidades resultantes de la inaplicación de dichas cláusulas, a determinar en ejecución de sentencia."



Procede pues, la estimación de este motivo y con él parcialmente la apelación interpuesta, debiendo reducirse en consecuencia la cantidad cuya devolución se reclama como indebidamente cobrada por la demandada por la aplicación de la cláusula suelo a la que corresponda desde el 9 de mayo de 2013, en la que se debía haber dejado de aplicar la cláusula nula y que se determinará en ejecución de sentencia.

Lo anterior supone la estimación parcial de la demanda y con ello que no se deban imponer las costas causadas en la instancia a ninguna de las partes conforme al artículo 394 de la LEC .

**Cuarto.-** Dado el sentir estimatorio parcial de esta sentencia, no procede hacer expresa declaración de las costas procesales causadas en esta alzada - art. 398.2 LEC .-

**Quinto.-** Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8 de la L. O. P. J ., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la estimación del recurso, procedase a la **devolución** a la parte apelante de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

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

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Cuatro y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 17-12-14 , en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 14 del año 2.014, debemos revocar la misma en el sólo sentido de que estimando parcialmente la demanda presentada por la representación procesal de D. Damaso y Dª Eloisa , procede reducir la cantidad cuya devolución se reclama por aplicación indebida de la cláusula suelo declarada nula a las satisfechas de más desde el 9-5-13, sin que proceda hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en ninguna de las dos instancias y procediendo la devolución del depósito constituido para recurrir.

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

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

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir por la cantidad de 50 euros en uno y otro caso, que previene la Disposición Adicional 15 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre , salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de todos ellos o beneficiarios de la Asistencia Jurídica Gratuita) y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección nº 2038 0000 12 0236 15.

Igualmente deberá adjuntarse el impreso de autoliquidación de la tasa que previene la Ley 10/12 de 20 de Noviembre y Orden que la desarrolla de 13 de Diciembre de 2012, modificada por Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, siempre que se trate de personas jurídicas.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con devolución de los autos originales para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

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