



SENTENCIA Nº 77/21

En Córdoba, a 3 de febrero de 2021.

Vistos por D. JOSE ANTONIO YEPES CARMONA, Ilmo. Magistrado-Juez en comisión de servicios en el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Córdoba y su partido, los autos nº 1629/2018 sobre juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, seguidos a instancia de **Dª. [REDACTED]** representados por la Procuradora Sra. **Pozo Martínez** y defendidos por el Letrado Sr. **Roldán Garrido**, contra la entidad bancaria CAJASUR BANCO S.A., representada por el Procurador Sr. Roldan de la Haba y defendida por el Letrado Sr. Márquez Moreno, se procede a dictar, en nombre de S.M. EL REY, la siguiente resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la parte actora se presentó ante el Decanato de este Juzgado, en fecha 28 de septiembre de 2018, demanda de juicio ordinario ejercitando acción de nulidad de cláusulas contractuales abusivas contra la entidad bancaria CAJASUR BANCO S.A., solicitando, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y que se dan por reproducidos, que se dictase sentencia estimando sus pretensiones en los siguientes términos:

- Se declare la nulidad de la estipulación contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 27 de abril de 2.006, cuyo contenido literal dice: *“Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada periodo no podrá ser inferior al 3,50 por ciento nominal anual ni superar el 12,00 por ciento nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultara unos tipos inferiores o superiores a los Página 32 de 32 límites fijados, se aplicarán estos últimos”*.
 - Se declare la nulidad de las cláusulas del documento de novación privada de préstamo hipotecario de fecha 6 de julio de 2.015 suscrito entre las partes.
 - Se condene a la entidad a la devolución a su cliente de las cantidades que se hubieran cobrado en exceso como resultado de la (indebida) aplicación de la citada cláusula suelo y del tipo fijo establecido en el contrato de novación, desde la suscripción del contrato de préstamo hipotecario.
 - Se condene a la demandada al pago de los intereses legales de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la denominada cláusula suelo.
- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Por medio del correspondiente Decreto se admitió a trámite dicha demanda y se emplazó a la parte demandada para contestar a la misma en el plazo de 20 días.

1

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/27



HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==



En fecha 19 de noviembre de 2018, la parte demandada, por medio de su referida representación procesal, presentó su contestación a la demanda en la que, tras alegar igualmente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de pertinente aplicación y que se dan por reproducidos, se oponía a la demanda alegando la excepción de falta de legitimación activa de la parte actora por carencia de acción y de objeto por estar eliminada la cláusula denunciada por acuerdo anterior a la demanda, y por falta de determinación de la cuantía, así como, entre otros motivos y esencialmente, la licitud y procedencia de la cláusula denunciada en autos como abusiva. Y ello por los concretos motivos y alegaciones contenidos en su escrito de contestación y que se dan por reproducidos.

TERCERO.- Tras la contestación a la demanda, se señaló fecha para la Audiencia Previa prevista en el Art. 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). En el acto de la audiencia, tras la fijación de los hechos controvertidos, se propuso prueba por las partes concurrentes, siendo admitida como es de ver en el acta de la misma, señalándose para la celebración del juicio el día 1 de febrero de 2021 a las 11.30 horas.

Llegado el día del juicio, comparecieron ambas partes, practicándose a continuación la prueba admitida y no renunciada, interrogatorio de la parte actora, D.

, y declaración testifical de D. Javier Orti Baquerizo; a continuación, tras las conclusiones de las partes, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

Así consta en el acta-grabación del juicio realizada al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento se ejercita por la parte demandante una acción de nulidad de cláusula contractual abusiva, contra la entidad bancaria CAJASUR BANCO S.A., reclamándose la nulidad de la clausula contractual de limitación del interés variable mínimo, clausula suelo, y la condena a la parte demandada a eliminarla del contrato, devolviendo las cantidades indebidamente cobradas, mas intereses legales, e imposición de costas procesales.

La actora, fundamenta su petición en la normativa comunitaria y Jurisprudencia existente en materia de nulidad de clausulas abusivas, y en la prueba documental aportada a autos.

Por su parte, la entidad demandada se opone a la demanda alegando excepción de falta de legitimación activa de la parte actora por carencia de acción y de objeto por estar eliminada la cláusula denunciada por acuerdo anterior a la demanda, y la falta de determinación de la cuantía del procedimiento, así como, entre otros motivos y esencialmente, la licitud y procedencia de la cláusula denunciada en autos como abusiva.

La parte demandada fundamenta su oposición igualmente en la documental obrante en autos, y en el interrogatorio de la parte actora y la declaración testifical practicada a su instancia.

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/27
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			





SEGUNDO.- El objeto de la litis, se centra pues, en la determinación de la nulidad o no de la clausula contractual de limitación del interés variable mínimo, clausula suelo, y sus consecuencias sobre el préstamo de autos; así como la naturaleza jurídica y efectos del posterior acuerdo de modificación.

Antes de entrar a valorar y resolver la cuestión litigiosa, hay que referirse a la posible **falta de legitimación activa** de la parte prestataria actora, alegada por la entidad bancaria demandada. Pues bien, es innegable que en los términos que se plantea la cuestión, la excepción planteada por la parte demandada contra la parte actora, la cual ha comparecido en los autos, no se refiere a la legitimación “ad processum”, en cuanto personalidad y capacidad para comparecer en juicio, sino a la legitimación “ad causam”, es decir, la atribución activa de la acción, en cuanto referida a aquella que atendiendo al objeto puede conducir eficazmente el proceso concreto, en definitiva, a quien puede ejercitar la pretensión deducida en la demanda. En principio, dicha legitimación sólo la tiene el titular del derecho subjetivo, es el único a cuya voluntad queda la incoación del proceso civil, y por tanto quien tiene la facultad de acudir o no al amparo de los órganos jurisdiccionales. Como señala la STS 28 de febrero de 2.002: "La legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se pretende ejercitar.

De estas consideraciones se desprende que dicha legitimidad sólo puede reconocerse a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo y, en el lado pasivo, a quien se imputa la titularidad de la obligación. De ello, se deduce que es esencial que las partes que comparecen en el proceso estén legitimadas, y es que exista una correcta atribución subjetiva del derecho y de la obligación deducida en el mismo, con la finalidad de que la resolución que se dicte pueda producir plenos efectos, lo cual, sólo será posible si el proceso se ha seguido con las partes de la relación jurídico material.

Así, es unánime la jurisprudencia que estima que estamos ante una cuestión de fondo, en cuanto supedita la estimación o desestimación de la pretensión, es decir, se trata de una alegación referida a la carencia de acción, que obviamente se tendrá que resolver en la resolución definitiva. En ese sentido, a diferencia de la legitimación “ad procesum” (que no es otra cosa que la capacidad procesal), es la cualidad de un sujeto consistente en hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de una pretensión que ejercita (SSTS 30 Mayo 1987, 8 Mayo 1997); concretando la STS 22 Noviembre 1994 que la falta de legitimación denunciada no es la llamada «personalidad» comprensiva de las cualidades necesarias para comparecer en juicio (capacidad para ser parte y capacidad procesal) que integra un «presupuesto procesal», sino la legitimación “ad causam” que integra un «presupuesto de la acción» y que viene determinada por la titularidad de la relación jurídico-material invocada por el demandante en el proceso, presuponiendo en dicho demandante un verdadero y directo interés jurídico en el ejercicio de la acción correspondiente; pronunciándose en términos análogos las SSTS 17 Mayo 1999 y 16 Mayo 2000, señalando esta última que la legitimación no radica en la mera afirmación de un derecho sino que, también, depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y la consecuencias que se pretenden; por lo que, en suma, la legitimación en el proceso civil se manifiesta como un problema de coherencia jurídica; extremo éste también apuntado por la STS 28 Diciembre 2001 que alude a la adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido.

Pues bien, en el caso de autos, alegada por la parte demandada la infracción del Art. 10 LEC, al estimar que la referida parte actora carecía de legitimación activa por estar



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/27
			
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



eliminada la cláusula esencialmente denunciada desde fecha anterior a la demanda, **procede rechazar la excepción alegada**, aclarando que dicha falta de legitimación activa, como antes se exponía, tiene que ver con el fondo del asunto aunque en puridad es preliminar al fondo, que puede y debe ser incluso apreciada de oficio (SSTS de 16 de mayo del 2003 y 20 de octubre del 2003). Así pues, tratándose de una acción de nulidad de cláusula contractual establecida en el préstamo hipotecario concertado entre las partes, dicha legitimación activa corresponde a quien afirma ser parte del contrato de préstamo en que se introdujo la cláusula suelo denunciada y que pretende su eliminación con efectos retroactivos, con independencia de la novación contractual posterior de la escritura de préstamo inicial, ya que el Art. 10 LEC señala que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», y en tal concepto actúa la parte actora; ello, con independencia de que en la fecha de la demanda se haya acordado por la entidad bancaria demandada, la inaplicación de la cláusula litigiosa en consonancia con la más reciente doctrina legal y jurisprudencial sobre cláusulas abusivas sobre consumidores y usuarios.

En esos términos, **también cabe desestimar la excepción de carencia de objeto del pleito**, alegada asimismo por la parte demandada en su contestación a la demanda.

En este sentido, entre otras, en la **STAP Córdoba 121/2018, secc. 1ª, de fecha 14 de febrero de 2018** (Pte. Sra. Mir Ruza), establece, entre otros extremos, que *“Por lo que se refiere a la carencia sobrevenida de objeto, la cuestión ya planteada fue resuelta por la Ilma.Sra.Magistrada-Juez a quo en auto de 24.5.2016, resolución no susceptible de recurso (art. 22.3 LEC), cuyo contenido damos por entero por reproducido, al no haberse introducido en el recurso razón alguna que pretenda desvirtuar su contenido, más allá de la alusión a la tesis que en su día mantuvo la parte ahora recurrente.*

Quizás convenga resaltar, tal como lo explica con absoluta claridad la STS de 10.12.2013 , que " La concurrencia de circunstancias sobrevenidas, una vez iniciado el proceso, que determina la falta de interés legítimo en obtener la tutela inicialmente pretendida (art. 5 LEC) y en la continuación de la causa, se halla regulada en los arts. 19y22 LEC. En principio, la carencia sobrevenida de objeto debe generar que deje de haber interés legítimo en la continuación del proceso, bien se admita por las dos partes,art. 22.1 LEC, bien se acuerde y se determine por la Autoridad judicial,art. 22.2 LECy esa plenitud se dará cuando haya identidad entre la pretensión articulada en la demanda o en la reconvenición y el acto o el hecho que motivó la satisfacción. En el caso de falta de acuerdo, para la procedencia de este supuesto resulta condición esencial que alguna de las partes realice de manera fundada y motivada una doble manifestación. Por una parte, negar la concurrencia de efectiva carencia sobrevenida de objeto que invoca la otra parte y, por otra, indicar que sigue teniendo un interés legítimo en que el procedimiento continúe ", y en el caso de autos, forzoso es concluir que la actora sigue teniendo interés en que se declare la abusividad de la cláusula suelo al conllevar la restitución de lo indebidamente percibido por aplicación de dicha cláusula.

Como hemos dicho, una cosa es que debido a la naturaleza del contrato de dación en pago, el banco se haya dado por conforme y considere saldada la deuda existente a raíz del préstamo hipotecario, y otra bien distinta, es que deba entenderse que la actora también consideraba saldada la deuda que ahora está reclamando. La renuncia de derechos, como manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/27





concluyentes igualmente claros e inequívocos, lo que no concurre en el caso de autos, pues concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos.

En cuanto a la improcedencia de condenar en costas a UNICAJA, es cierto que en anteriores resoluciones hemos tenido en cuenta que a fecha de contestación de la demanda, de celebración de la audiencia previa y/o de la vista donde se practicó la prueba admitida, la cuestión referida a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo era, cuanto menos, dudosa. Ahora bien, en fecha 4.7.2017 el Pleno del Tribunal Supremo, Sala 1ª (Sentencia nº 419/2017, rec. 2425/2015) establece como doctrina jurisprudencial que la nulidad de una cláusula suelo conlleva el pago de las costas de las instancias por el demandado/apelado en caso de haberse recurrido la sentencia aun cuando exista petición expresa de no imposición por existir serias dudas sobre el alcance temporal de los efectos restitutorios de la nulidad. Considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al de efectividad es el criterio del vencimiento de las costas cuya no aplicación supondría una excepción en perjuicio de aquel. Además, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejen de incluir las cláusulas suelo, sino para que los consumidores no promuevan litigios por cantidades moderadas sabiendo que, pese a vencer, tendrían que pagar íntegramente los gastos de su defensa y representación en las instancias (FJ 4 y 5).

Ha de tenerse en cuenta que en el caso de autos, al igual que el examinado por el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno, la actividad procesal del banco demandado no se ha limitado a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de la sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, pues en la contestación a la demanda se esgrimió no sólo el defecto en el modo de proponer la demanda, sino también la improcedencia de la acción de nulidad ejercitada”.

En relación a la necesidad de acreditar la parte actora **un especial interés legítimo a la demanda** hay que tener en cuenta lo dispuesto, entre otras, en la **STAP Córdoba 489/2019, secc. 1ª, de fecha 14 de junio de 2019**, que establece que “En sentencia de 27 de noviembre de 2018, se expresó: "A) Cancelación anticipada del préstamo. La legitimación procesal ex arts. 5y10 de Lec. conecta con la concurrencia de "interés legítimo" (téngase presente, que la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 C.E. está linealmente conectada con el ejercicio de derechos e intereses legítimos, y que ello encuentra directa concreción procesal en lo establecido en los arts. 13.1y413.1 de Lec, preceptos que respectivamente otorgan la condición de demandante a "quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito" y que contemplan la pervivencia de dicho interés legítimo como condición necesaria para el mantenimiento del proceso, pues caso contrario se daría la terminación del proceso ex art. 22 Lec.; y téngase presente en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, que SSTC 60/1982,62/1983,257/1988y 97/1991 perfilaron el interés legítimo, digno de recibir la tutela jurisdiccional que garantiza el art. 24.1 C.E., como " cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, y que S.T.C. de 11 de julio de 1983 indicó que el interés legítimo, real y actual hace referencia a la idea de un interés protegido por el Derecho en contraposición a otros que no son objeto de tal protección) y sobre dicha base, tal y como pragmáticamente ha indicado la S.A.P. de Salamanca de 28 de febrero de 2018 "... no puede argüirse carencia sobrevenida del objeto, cuando resulte que las cláusulas incorporadas al préstamo produjeron un perjuicio al cliente y se cobraron cantidades indebidas; pues estos son efectos que no desaparecen por el hecho de que el contrato ya se haya extinguido... no elimina o evapora el interés legítimo de los actores en obtener la devolución de las cantidades abonadas en exceso por razón de la cláusula de acotación mínimas... sin que la amortización del préstamo constituya un acontecimiento sobrevenido que provoque la carencia de objeto respecto



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



a dicho interés legítimo y que provoque consiguientemente la aludida falta de acción."

Es de remarcar, en suma, que la reclamación de las sumas abonadas en exceso por el consumidor adherente, requiere la previa declaración de nulidad de la cláusula que inicial e indebidamente dio cobertura a que el profesional exigiera los correspondientes pagos, y como en puridad lógica mal puede negarse, que dichos abonos indebidos sigan proyectando efectos sobre la economía del consumidor con posterioridad a la extinción del contrato, nada empece a que pueda declararse la nulidad de la cláusula en cuestión - en este caso cláusula suelo - en un momento en el que la misma ya no tenga actual vigencia o virtualidad directa.

En este mismo sentido se ha pronunciado A.P. de Vizcaya en sentencia de 22 de marzo y 26 de abril de 2018 ("...hemos descartado que satisfecha la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria, la acción para declarar la nulidad de algunas de sus cláusulas por abusivas haya desaparecido...") y esta misma Audiencia Provincial en sentencia de 7 de septiembre de 2018, en la que con consideraciones de plena proyección al caso, se afirmaba que "... con independencia de que el contrato de préstamo haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de cualquiera de sus cláusulas ... Además, la posibilidad jurídica de promover la nulidad de una cláusula o la nulidad parcial de un contrato, una vez sus prestaciones se han cumplido está prevista en el art. 1301 del C.C.... Por tanto, dicho precepto autoriza que de un contrato ya consumado, como puede ser el que nos ocupa, de préstamo hipotecario entre la parte actora y la entidad bancaria, puedan declararse nulas todas o algunas de sus cláusulas, aún cuando a la fecha de presentación de la demanda se hubiera cancelado dicho préstamo".

En sentencia de 15 de abril de 2019, se expresó: "Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la legitimación activa de los consumidores para instar la nulidad de cláusulas abusivas insertas en contratos ya extinguidos. En estos casos, siempre hemos asociado la legitimación activa al concepto de interés, con la finalidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 CE. En materia contractual, el interés legítimo que otorga el derecho a obtener la tutela de los Tribunales tiene dos manifestaciones: 1) porque el contrato despliegue efectos en el presente o hacia el futuro, lo que no resulta posible, en principio, en contratos consumados y extinguidos; 2) porque el contrato hubiera desplegado efectos en el pasado como consecuencia de una cláusula nula, efectos que causaron un perjuicio económico para el consumidor, en cuyo caso éste tiene interés para interesar la nulidad, que constituye el medio para reparar dicho perjuicio económico. Esta conexión entre legitimación activa e interés en relación a contratos extinguidos celebrados con consumidores lo hemos puesto de manifiesto en numerosas resoluciones, como la sentencia de 25 de octubre de 2018 (recurso 843/2018), de 27 de noviembre de 2018 (recurso 45/2018) y a de 7 de septiembre de 2018 (recurso 218/2018).

De acuerdo con esta doctrina, debe concluirse la legitimación activa del actor. Están cuestionando una cláusula que ha tenido una repercusión económica negativa durante la vida del contrato y pretenden obtener el resarcimiento de dicho perjuicio, por lo que el interés que ostentan es evidente. El ejercicio de la acción de nulidad es el presupuesto previo para obtener el resarcimiento del perjuicio padecido. En otro caso, los intereses de los consumidores se verían flagrantemente vulnerados, así como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, en ningún caso puede hablarse de falta de objeto, cuando la demanda no solo persigue la declaración de nulidad de la cláusula suelo de la escritura de 26 de octubre de 2001, sino que existen otras pretensiones, como las relativas a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas. Por tanto, esta alegación debe reconducirse también a lo razonado anteriormente.

Igualmente, la extinción anticipada del préstamo por cancelación del prestatario tampoco puede entenderse como una confirmación o convalidación prevista en el art. 1311 del Código Civil. Según dicho precepto, hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Esa confirmación tácita ha sido interpretada restrictivamente por el Tribunal Supremo, exigiendo que se trate de un acto inequívoco de crear,



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/27
			
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer dicha situación confirmatoria (STS de 16 de octubre de 2017, ROJ: STS 3721/2017). Desde esta perspectiva, la cancelación anticipada del préstamo no implica necesaria la voluntad del prestatario de validar las cláusulas nulas. Esa cancelación puede deberse a diversas causas (por ejemplo, evitar que se siguieran produciendo efectos perjudiciales para el consumidor o dejar de hacer frente al pago de intereses remuneratorios), sin que supongan necesariamente la voluntad de la parte de admitir o sanar las cláusulas nulas de las que pudiera adolecer el contrato. Conforme a esta doctrina, no puede entenderse confirmado el contrato por su cancelación anticipada".

Igualmente, hay que referirse a la alegada **indeterminación de la cuantía del procedimiento**, y así, hay que partir de que dados los términos de la causa petendi y petitum de la parte consumidora demandante, no hay dos acciones, sino una sola, así, se pretende la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas denunciadas que contiene el préstamo con garantía hipotecaria. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio (STS 26 julio 2000 y 12 julio 2006), que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión. Por tanto no es aplicable el Art. 252.2 LEC, que regula la pluralidad de objetos, porque no hay acciones acumuladas (la segunda petición no puede plantearse sin que previamente se estime la primera), sino una sola, la petición de nulidad por abusiva de la cláusula que acarrea la consecuencia dineraria que se expone en la petición. Desde tal premisa, la reclamación esencial que persigue la declaración de abusividad de la cláusula, no tiene regla específica de cuantificación en el Art. 251 LEC porque se trata de una cuestión estrictamente jurídica. Lo que se discute es si la cláusula cumple o no el estándar que exigen las normas de protección de los consumidores, es decir, si superan un control de abusividad que es cuestión jurídica, porque lo que se dilucida es la validez de una cláusula. En situaciones semejantes, en las que se dilucida es la validez de un acto jurídico, como aquí la validez de una cláusula contractual, los tribunales han entendido que la cuantía del procedimiento es indeterminada.

Explicaba ya al respecto la STS 24 julio 1997, que "*Es cierto que la impugnación de un acuerdo que debió reunir la unanimidad de los copropietarios, según exige la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal , al no existir un especial pronunciamiento en este caso sobre el proceso a tramitar, ha de seguirse el juicio declarativo que por la cuantía corresponda y así lo tiene declarado la jurisprudencia, pero nunca ha dicho que la cuantía se determine por el importe de las obras que, si se obtuviere el acuerdo, se podrían realizar [...] lo realmente querido en la demanda es manifestar la discrepancia e impedir quedar vinculados por el acuerdo tomado por el resto de los comuneros, impedir la caducidad y con ello que el acuerdo se tenga por unánime y alcance validez jurídica, con lo que ciertamente se imposibilita la construcción del aparcamiento, pero sin que a la pretensión, de cuantía inestimable por solicitarse del órgano jurisdiccional un pronunciamiento estrictamente jurídico, sin valor económico en sí mismo considerado, pueda asignársele, tal como con pleno acierto afirma la Audiencia, la cuantía del costo de la construcción del tan meritado aparcamiento"*.

En este sentido, el Art. 253.3 LEC se aplica si "el actor no puede determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico", y no es posible identificar el objeto del pleito, que es la nulidad de la cláusula, con sus consecuencias, que sí revisten interés económico determinable. De hecho es posible presentar un primer procedimiento sólo para reclamar la nulidad de la cláusula, sin reclamar las consecuencias económicas que deriven del mismo que se reservan para otro posterior (STAP León, Secc. 1ª, 26 mayo 2017). Obtenida la declaración de nulidad, y si no hay satisfacción porque el banco no la ofrece, es posible formular nueva demanda, ésta de



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/27
			
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



exclusivo objeto económico, y por tanto de la cuantía que dispone el Art. 251.1 LEC, lo que puede afectar incluso a la competencia objetiva, como ha explicado el AAP Bizkaia, Secc. 3ª, 10 enero 2018.

Por tanto, no siendo aplicables las reglas de los Arts. 251 y 252 LEC, el procedimiento que versa sobre una cuestión jurídica, la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, debe considerarse de cuantía indeterminada conforme al Art. 253.3 LEC, lo que es relevante, a su vez, para aplicar por el Letrado de la Administración de Justicia la regla del Art. 394.3 LEC en el momento en que se tasen las costas.

En este sentido, la reciente STAP Álava, secc. 1ª, de fecha 22 de enero de 2019, dispone al efecto que *“D. Luis Pedro presentó impugnación frente a la decisión del magistrado de instancia de fijar la cuantía del procedimiento como determinada. La cuestión se encuentra resuelta en sentencia de esta Sala 238/2018 de 18 de mayo, donde se indica que la pretensión de nulidad de una cláusula por su carácter abusivo es de carácter inestimable, por lo que la cuantía debe fijarse como indeterminada. Criterio que se asienta en la amplitud del tipo de gastos que se contienen en la cláusula, del modo siguiente: "Expresión, "no fuera cierto y líquido", que no puede equipararse con que el interés económico sea "inestimable o no determinable, ni aun de forma relativa",art. 253.2 LEC, como puede deducirse de la declaración de nulidad por abusivas de una o más cláusulas de un contrato, cuya cuantificación no es determinable ni aun de forma relativa, cual es el caso de autos donde, además de los concretos gastos cuyo reintegro se valora económicamente, la cláusula de gastos se refiere genéricamente a unos hipotéticos gastos por impuestos, costas procesales u otros, cuya valor, en su caso, además de inestimable, no es consecuencia del contenido obligacional del contrato. La reclamación económica no es accesoria, es consecuencia de la nulidad”.*

Entendemos, por tanto, que la acción de nulidad, aun la relativa a la cláusula suelo, es de cuantía indeterminada atendidos los efectos no solo desde una perspectiva retroactiva, sino pro futuro, circunstancia que impide la determinación de la cuantía.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y fijar que la cuantía del procedimiento es indeterminada”.

En este sentido, a fin de esclarecer los hechos, además de la prueba documental anotada por las partes, se practicó el interrogatorio de la parte actora, D.

y Dª. I ., y declaración testifical de D. Javier Orti Baquerizo.

Asi, el actor D. . , en su interrogatorio, manifestó, entre otros extremos, que contrataron el préstamo con Cajasur porque la compra del piso era con Cajasur y que le dijeron que la hipoteca iba con ellos, que no les dijeron las condiciones, que les llamaron solo para notaria, que la cuota se la dijeron y los años, que no recuerda el importe; que el banco no le dio información precontractual, que el bloque era de Cajasur, que tampoco le dieron las escrituras antes de firmar, que entraron al notario 30-4 personas a firmar, que firmaron solo y no se sentaron. Que se enteró del suelo por televisión y a él n le bajaba la hipoteca y fue a preguntar al banco y se enteró del mínimo, que firmó el documento 2 de la demanda y reconoce su firma, que le llamó el director por ser clientes preferentes para bajarles el préstamo, que no sabía que eso era por el suelo, que si no no hubiera firmado, que no leyó el documento, que luego se sintió engañado; que le llamaron para firmar y no consultó con nadie, que no recuerda cuanto bajó, que la clausula sexta no la entiende y además en la firma no la leyó.

Igualmente, manifestó que cuando firmó el préstamo subrogado no negoció nada, que



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/27
	HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==		





fueron a firmar en grupo y no les explicaron nada, que tampoco hubo simulaciones del préstamo, que el acuerdo de novación tampoco se negoció con ellos porque estaba redactado para firmar; que no le calcularon los abonos por suelo hasta la novación, ni le hablaron de renunciar a reclamar.

Por su parte, la actora, D^a [redacted], en su interrogatorio, manifestó, entre otros extremos, que firmaron con Cajasur no sabe por qué, que es su marido el que lleva lo del banco, que lo hizo todo él, que ella no entiende del suelo ni sabe cuando se enteró, que no sabe si lo tiene ahora; que reconoce su firma en el documento 2, que firmó para que le bajarán el interés no para quitar suelo, que no leyó el documento, que llegaron y solo firmó, que no entiende la cláusula sexta.

Por último, el testigo D. [redacted] empleado de la entidad bancaria demandada, manifestó entre otros extremos, que conoce a los clientes, que no intervino en el préstamo inicial, que si intervino en el acuerdo del documento 2 de la demanda, que el actor antes de firmar preguntó qué podía hacer sobre el suelo ya que iba a salir una sentencia; que conocía el suelo antes del acuerdo, que luego le avisaron y se propuso este contrato con frontal, que se leyó el contrato entero antes de firmar y se calculaba la nueva cuota. Que la cláusula sexta se leía también, que se leía el contrato entero, que no habló de que fuera una rebaja por buen cliente, que se explicaba el tema y no se incitaba a firmar; que se podía elevar propuesta y a veces se cambió o eliminó el tipo intermedio o frontal, que el documento se podía sacar y no recuerda que ocurrió en este caso. Igualmente, manifestó que la vía judicial la tenía siempre abierta y se le decía, que el documento es un modelo de la asesoría de Cajasur y venía confeccionado, que el cliente no influyó en la redacción del acuerdo; que no se hicieron cálculos de abonos anteriores al acuerdo ni que renunciaba a miles de euros, que eso es un cálculo complejo para hacerlo en oficina.

TERCERO.- La Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin perjuicio de aspectos puntuales en otras Leyes, se transpuso en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/98 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por la que se optó por llevar a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la actualidad, estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, se hayan refundidas en 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.

Así, 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. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

El artículo 3 de la citada Directiva dispone que 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.



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/27
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			





Seguidamente el Art. 3.2 de la Directiva define el concepto de cláusula abusiva. De forma que 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; así pues, con la remisión a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, delimita sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula.

En el anexo a la Directiva, al que se remite el artículo 3, apartado 3, de ésta, se menciona expresamente como ejemplo de cláusulas abusivas, en su número 1, letra e), las que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. No obstante, con arreglo al artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la lista que contiene el anexo a la Directiva sólo sirve como orientación sobre qué tipo de cláusulas pueden ser declaradas abusivas, y no tiene carácter exhaustivo. Por consiguiente, la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo; no obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula.

El artículo 4,1 de la referida directiva comunitaria, regula así mismo que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde al juez nacional determinar si una cláusula contractual cumple los requisitos para poder ser calificada de abusiva en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 . Sólo el órgano jurisdiccional nacional puede apreciar de forma completa las consecuencias que la cláusula de que se trata puede tener en el ámbito del Derecho aplicable al contrato, lo cual lleva consigo un examen del ordenamiento jurídico nacional.

El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer 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.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de 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.

El artículo 7 de la Directiva 93/13 en sus apartados primero y segundo concreta la referida obligación de la siguiente forma:



Código Seguro de verificación:HpUojz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/27
 HpUojz7pctxeWabocBmZfw==			



"1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas."

No obstante la anterior regulación europea y nacional, a lo largo de los últimos años no son escasos los operadores jurídicos, incluso Jueces y Magistrados, que han elevado la voz denunciado la deficiente transposición de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, en nuestro ordenamiento jurídico. Constatándose sobre el plano teórico un impecable sistema de protección con todo un elenco de disposiciones protectoras de los consumidores y usuarios, refundidas en el RDL 1/2007, pero que en la práctica queda en "papel mojado". Habida cuenta que los contratos celebrados con consumidores y usuarios se suelen plasmar en escrituras públicas y pólizas de contratos mercantiles intervenidas por fedatario público que son títulos ejecutivos conforme al Art. 517 LEC y permiten acudir a un proceso de ejecución sumario y con limitaciones a la oposición, no pudiéndose oponer la existencia de cláusulas abusivas, el proceso de ejecución se ha mostrado como un campo abonado para el abuso de los consumidores y usuarios. Situación paradójica por la cual, a pesar de contar con un Texto Refundido que le confiere una protección adecuada, en tanto en cuanto conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil el Juez debe limitarse a examinar la rigurosidad formal del título y el consumidor y usuario se ve disuadido del interés de defenderse, al tener que afrontar el proceso con los gastos de abogado y procurador cuando ni tan siquiera tendrá oportunidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas, se puede llegar a afirmar que el consumidor está totalmente desprotegido.

Ahora bien, la indebida transposición de una Directiva comunitaria, no implica de por sí que el Derecho Comunitario no pueda ser aplicado en un Estado miembro, en tanto en Derecho de la Unión Europea se dota a sí mismo de un mecanismo de integración a los efectos de conseguir una aplicación uniforme en los Estaos Miembros, a través del monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión Europea por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto por la vía de la cuestión prejudicial prevista en el [artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), (antiguo art. 234 TCE); teniendo sus sentencias efectos contra todos, valor "erga omnes", y por tanto, vinculante para jueces españoles en su faceta de jueces comunitarios.

Esta primacía del Derecho Comunitario está reconocida por nuestro Tribunal Constitucional en sentencias 58/2004 y 194/2006; y en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia (Pleno) 78/2010, de 20 de octubre, se establece una distinción en cuanto régimen jurídico de la facultad del Juez de inaplicar una ley por ser contraria a la Constitución o a Derecho Comunitario. Pues bien, siguiendo esta doctrina teniendo presente la vinculatoriedad de la jurisprudencia emanada de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se razona en el siguiente Fundamento de Derecho, en la actualidad existen numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los que se constata la indebida transposición de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas y el desamparo que en procedimientos monitorios y de ejecución se encuentra el Consumidor en el ordenamiento jurídico procesal español. Llegándose hasta



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



El punto de instaurarse toda una doctrina relativa al control de oficio por parte del Juez, no como mera facultad sino obligación, "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello".

Así pues y en conclusión, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

CUARTO.- Sentado lo anterior y aplicando lo expuesto en el fundamento anterior al caso de autos, debemos partir de que **la normativa introducida por la Ley 1/2013**, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, se refiere a pesar de lo dispuesto en su denominación y exposición de motivos, no solo a deudores hipotecarios y en específico a hipotecas sobre vivienda habitual, sino que por la modificación introducida en los Arts. 552 y 557 LEC **hay que entenderla referida a todos los procesos de ejecución derivados de los títulos ejecutivos referidos en el Art. 557.1, así como, por extensión, antelación, lógica y economía procesal, a los procesos declarativos previos a la posterior ejecución, y por tanto no solo a los deudores hipotecarios de vivienda habitual o no;** ahora bien, la normativa específica por cláusulas abusivas si deberá referirse exclusivamente a los supuestos en que en litigio se encuentre un consumidor o usuario, no empresario ni profesional.

- En este sentido, en relación a la alegada **abusividad de la cláusula suelo** de la escritura hipotecaria inicial, hay que partir del carácter de condición general de dichas cláusulas, pues, aunque no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés, **se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predisuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas irrevocables; estos es, se trata de cláusulas destinadas por las entidades bancarias prestamistas a ser incluidas en una pluralidad de contratos.**

Igualmente, hay que partir de la aplicabilidad al presente caso de la normativa jurisprudencial establecida en la STS que se examinará a continuación, y ello, no solo porque en la fecha del préstamo litigioso en autos si existía ya normativa de protección de los consumidores, la tradicional Ley 26/1984 (LGDCU), que si bien anterior a la Directiva Comunitaria 93/13 estuvo vigente hasta que en el año 2007 se aprobó el TRLCU (RDL 1/2007); sino porque la propia STS de fecha 9 de mayo de 2013, y especialmente la STAP Córdoba, secc. 3ª, de fecha 31 de octubre de 2013, se refieren no a la irretroactividad de la normativa reguladora de las cláusulas suelo, sino de los irretroactivos efectos que tendrá en la escritura de préstamo concreta las declaraciones de nulidad de la aludida cláusula. Criterio por otro lado, asumido por la referida Audiencia Provincial pero no compartido, por otro lado, totalmente como es de ver en el texto de su resolución.

En este sentido, conforme lo dispuesto en la referida STS de fecha 9 de mayo de 2013, párrafos 136-138 *"El apartado 1 del artículo 1 LCGC dispone que "[s]on 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*



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



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 exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Por tanto, conforme establece la STS de fecha 9 de mayo de 2013, "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. 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.

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". 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 [...]".

Concluyendo sobre este aspecto la tan referida y aludida STS (párrafo 215): **a)** Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, 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



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



contrato, si no es transparente. **b)** Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Volviendo a concluir la Sala (párrafos 223 a 225 y 256) que “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. 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.

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

- a)** Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b)** Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c)** No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d)** No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas” (el subrayado y negrita es propio).

Por tanto y según lo expuesto por la Sala, “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. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

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

En estos términos, la aludida **STAP Córdoba, secc. 3ª, de fecha 18 de junio de 2013**, estableciendo, en su fundamento cuarto y sexto, establece entre otros extremos que “*En relación con lo anterior y en lo que atañe al sistema de imposición y vinculación de las condiciones generales de la contratación, la tan repetida sentencia del Pleno de la Sala 1ª TS nº 241/13 , concluye lo siguiente: " a) La prestación del consentimiento a una*



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	14/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor [léase en este caso adherente, que a estos efectos tanto vale] 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". Ello no obstante, y a fin de evitar equívocos -añade la sentencia-, "la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores (o adherentes añadimos nosotros), 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 (LA LEY 144032/2012), 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 ". Ahora bien, dicho esto, en el caso de autos evidentemente la cláusula discutida ha de considerarse como cláusula impuesta en el ámbito de una condición general de la contratación.

El Tribunal Supremo trata de concretar el requisito de transparencia aludiendo, en principio, a que exista una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y el reproche que la Sala 1ª del Tribunal Supremo hace a las entidades bancarias en la Sentencia 241/13 es, precisamente, que se dé a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": " (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". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente. En este ámbito, la existencia de una cláusula "techo" es, no ya irrelevante sino directamente engañosa, en cuanto que genera una apariencia de simetría que induce a creer que el tipo de interés pactado es un tipo variable dentro de una banda con máximo y mínimo. Si, como es habitual, el techo es lo suficientemente elevado, no puede decirse que, económicamente, restrinja significativamente la variabilidad del tipo de interés. Por ello, y como hemos anticipado en el fundamento jurídico segundo, concluye nuestro



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/27
			
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



Tribunal Supremo: " En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Por todo lo expuesto, aplicando la anterior normativa y Jurisprudencia del Alto Tribunal al caso de autos, en relación a la cláusula suelo concertada por las partes en el contrato de préstamo de autos, hay que concluir que la misma tiene CARÁCTER ABUSIVO, no concurriendo los requisitos mínimos y conjuntos de transparencia y claridad exigidos legal y jurisprudencialmente, máxime cuando se contrata con consumidores o usuarios, pues tal calidad es la que necesariamente tiene la parte prestataria, dado el destino y finalidad privada del préstamo hipotecario; sin que tampoco haya quedado acreditado por la parte demandada alegante, que la cláusula denunciada como abusiva no esté inserta en un clausulado general no negociado individualmente, aun cuando se puedan modificar ciertos aspectos accesorios en consideración a cada cliente prestatario concreto. Así, 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; y ello, con los importantes efectos que dicha cláusula suelo podía tener en la práctica y según las oscilaciones financiera y económicas sobre el verdadero carácter del contratado como préstamo con interés variable, carácter que podía quedar ilusorio y convertir al préstamo en verdadero préstamo a interés fijo. Ello, máxime cuando la cifra suelo o de interés mínimo (3,50 %), en cuantía más elevada incluso que en otras escrituras de préstamo hipotecario de la misma entidad, lo que por sí tampoco le otorga sin mas carácter mercantil al préstamo, se encontraba en la fecha del contrato muy cercana del tipo de interés fijado en relación al índice referencial (EURIBOR), máxime ante las bajadas del referido índice en los años posteriores al 2008 y por las circunstancias del mercado mundial; tipo de interés variable subsiguiente fijado con el índice referencial del Euribor a un año.

Asimismo y cuando en el referido préstamo de autos se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, especialmente en supuestos como el examinado en que dicha comparativa o reparto de riesgos entre las partes, con las pretendidas cláusulas de intereses máximos y mínimos (techo-suelo) es del todo punto irreal e ilusoria, y, aun cuando la falta de claridad informativa explicada pueda inducir a error al prestatario; y ello porque lo elevadísimo de la cláusula techo, 12 %, en relación al tipo de interés inicial anual por encima del índice referencial (EURIBOR), y su descompensación con la cláusula suelo, muy cercana a este último, lo que genera un evidente y abusivo desequilibrio de riesgo en las prestaciones y obligaciones entre las partes contratantes.

En este sentido, a pesar de la versión del empleado de la entidad bancaria, no se ha podido sostener su labor de información sobre dicha condición/cláusula suelo pues NO



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	16/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



intervino en la formalización del préstamo inicial, y no puede afirmar que se realizara una explicación clara del tipo y cuota mínima, y aun siendo obvio que si bien la prueba de interrogatorio no puede favorecer a la parte que declara, también lo es que a pesar de la contradicción de testimonios nula acreditación efectiva de su información y conocimiento de las cláusulas litigiosas ha existido en autos, más allá de la documental aportada. Así pues, en el ámbito de la información verbal, se aprecia una notable contraposición entre el testimonio de la parte actora y la versión de la entidad demandada, por lo que en modo alguno se han acreditado los extremos para la validez de las cláusulas litigiosas, especialmente de limitación del interés variable mínimo, por la entidad demandada a quien correspondía, máxime al suponer renuncia de derechos de un consumidor, en los términos jurisprudenciales expuestos.

Además ninguna lógica financiera ni sentido tendría para el prestatario establecer un interés variable cuyo mínimo previsiblemente no bajaría del interés fijo, solo perjudicando al alza al prestatario las variaciones del índice de referencia, pero nunca a la baja en su beneficio; máxime dado lo elevado de ese tipo inicial en relación al euribor y tipo fijo inicial y variable del préstamo

No existe tampoco en el contrato de préstamo de autos, información adicional a los prestatarios sobre las condiciones financieras del préstamo, ni, como exige la STS estudiada y reguladora recientemente de la materia, ni simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; y ello, a pesar de que se hubiera realizado por la entidad demandada la oferta vinculante del préstamo inicial o posterior, lo que tampoco ha quedado acreditado en autos, extremo negado por otro lado por el actor en su interrogatorio, pues ello “per se” no supone haber llevado a cabo esa cumplida información del prestatario, exigida jurisprudencialmente. En este sentido, la reciente **STAP Córdoba, secc. 1ª, de fecha 7 de marzo de 2017 (153/17)** dispone que *“en este caso, la escritura de 14.7.2006 nada dice sobre existencia de condiciones generales de contratación, limitación de tipos de interés, posibilidad de examen por el comprador del borrador de la escritura, ni de ninguna otra advertencia que pudiera inducir a otra conclusión, independientemente de que, como se deriva de la sentencia del Tribunal Supremo de 8.9.2014, recurso 1217/2013, ni la información notarial ni la remisión a la oferta vinculante, sería equivalente o sustitutiva a la información que, interviniendo, consumidores sería exigible a la entidad financiera que brindara a sus clientes que ostentan esa condición en aras a reequilibrar a las partes. Se trata de información que ha de ser suministrada a ese momento, con tiempo suficiente para que forme su criterio el cliente, de forma que cuando concurra a la notaría haya decidido sin dudas. La parte apelada hace referencia a que cumplió con las obligaciones derivadas de la OM de 12.12.1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito -vigente en ese momento-, pero que en nada se refiere a lo que a la entidad demandada le era exigible por la condición de consumidores de los prestatarios -cualidad no discutida-, y menos a esta concreta estipulación que tratamos.*

Por otro lado, podemos considerar que en este caso sí medió oferta vinculante, concretamente la aportada por la parte demandada (folios 225-226), sin que se pueda negar virtualidad probatoria por la impugnación que hiciera la parte demandante, ya que exhibida a los demandantes, no la negaron, simplemente dijeron que firmaron muchos papeles, y ambos coincidieron en que la firma que -como de cada uno de ellos allí están estampadas- si se parecen a las suyas. En estas condiciones se considera acreditado que medió oferta vinculante previa y con el contenido que refleja el



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	17/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



documento aportado por la parte demandada, conforme al artículo 326.2 último inciso de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero a partir de ahí, no puede decirse de su contenido, que la misma suponga que se brindó a los clientes consumidores la información que el caso requería, baste ver la separación entre el apartado de intereses ordinarios (folio 225) y el apartado donde se refleje esa limitación ("anexo I de la presente oferta vinculante", folio 226), separados por lo relativo al "tipo de interés variable", con mención al diferencial al tipo de referencia, tasa de bonificación con un tipo de letra de difícil lectura y sin ningún resalte. En todo caso hemos de volver a remitirnos a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 8.9.2014 (ver último párrafo del apartado 9 de su fundamento jurídico segundo), cuando se refiere a la oferta vinculante, apreciándose en este caso que no se pone énfasis en esa estipulación separada de lo relativo al tipo de interés".

Por otro lado, en su caso, la mera lectura notarial de la escritura, aun en la totalidad del clausulado del préstamo, no puede servir para colmar las exigencias de información previa y cumplida del prestatario, pues la misma debe ser verdaderamente anterior a la firma y en el momento de formación de la voluntad negocial.

Por ello, se puede concluir que en el préstamo hipotecario objeto de autos la cláusula suelo contenida en las condiciones generales ha dado lugar a la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero, creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. Existiendo falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

Por último, respecto a los concretos efectos de la nulidad declarada de la cláusula suelo, conforme a la referida "ut supra" ineficacia que deba tener una cláusula declarada abusiva, y no obstante la inicial limitativa interpretación realizada por la STS de 9 de mayo de 2013, contraria incluso a los efectos de nulidad ya declarados en el derecho romano, la reciente **STJUE de fecha 21 de diciembre de 2016, otorgándole nulidad plena y absoluta con efectos "ex tunc"**, ha dispuesto en este sentido que "Así pues, las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales, a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	18/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60). De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 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 se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

QUINTO.- Expuesto lo anterior, y en relación a la oposición a la solicitud de devolución de cantidades cobradas de más por razón de la aplicación de suelo por la renuncia de acciones efectuada por la parte actora en su escritura de novación modificativa, documento 2 de la demanda, que supuso que se dejara de aplicar la cláusula desde agosto de 2015, hay igualmente que DESESTIMAR LA OPOSICION ALEGADA por a parte demandada basada en tal motivo; en este sentido, se pronuncia, entre otras, la STAP Zaragoza, Secc. 5ª, de fecha 26 de abril de 2017, estableciendo “*Invoca la recurrente que en el presente caso los actores habían suscrito un documento privado de fecha 17 de febrero de 2015 en el que los mismos manifestaban en su expositivo haber negociado el contrato de préstamo, haber sido informados de la inicial existencia de una cláusula suelo, así como que la habían negociado -convenido-, que la parte prestataria reconocía la existencia de un tipo mínimo de interés contenido en el contrato y que el tipo de interés mínimo convenido en el contrato y en esta novación propuesta es un elemento esencial del contrato para determinar el tipo de interés que se viene aplicando en el préstamo y, además, tras fijar una cláusula con un interés mínimo menor, mantiene como estipulación -la tercera- que "ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas todas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausurado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha cuya corrección reconocen"*.

Se alega que el actor conocía las características de la cláusula en litigio por la ulterior novación realizada por el actor conociendo ya la cláusula suelo del contrato inicial y su contenido limitador de la bajada de los tipos de interés, así como que esta tenía carácter confirmatorio del contrato y suponía una renuncia a la acción de nulidad. Tal documento no tiene carácter confirmatorio de la validez y eficacia de la misma. Así, el

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	19/27





auto nº 77/2016, de 18 de febrero, (rollo 565/2015) de esta Sala ha declarado que:
"En el caso concreto, la resolución de la instancia estimó que la sustitución o novación de la cláusula tachada de nula, al no rebasar el control de transparencia exigido por la norma y su interpretación jurisprudencial, era un acto dispositivo válido de la parte actora al amparo del art. 1.255 del CC y, por tanto, equivalía a una renuncia a la invocación de la nulidad sobre la cláusula resultante.

A ese respecto la actora, con fundamento en diversa doctrina nacional y del TJUE, mantiene la imposibilidad de convalidar las cláusulas nulas en origen aunque no hayan sido aplicadas.

En este sentido el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que:

"La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce - quod nullum est nullum producit effectum -. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno -en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

Incluso frente a las alegaciones de la recurrente habrá que concluir:

a) Que la declaración contenida en el documento novatorio de referencia atinente a la existencia de información sobre la existencia de una cláusula suelo inicial y el carácter negociado de la misma, ha de reputarse una declaración de voluntad, no una declaración de conocimiento, y es realizada en el expositivo del documento, unilateralmente preredactado por la entidad y que no constituye objeto estrictamente del pacto. La existencia o no de información previa y el carácter negociado o no del



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	20/27
		<p>HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==</p>	



contrato no dependen de la declaración de los actores en un expositivo de un documento dirigido a rebajar la entidad de la cláusula suelo fijada en el contrato y que no es objeto específico de negociación, sino de imposición, por la demandada dentro de un texto cerrado y en el marco de una campaña general de la misma para pactar con sus clientes esta solución.

Por ello, ni esta declaración estereotipada permite concluir que la actora sabía, ni entonces, ni antes, del carácter de condición general de la cláusula en litigio, ni acredita su carácter negociado, ni que el consumidor que la suscribió tuviera otra intención distinta a la de rebajar su carga económica hipotecaria en alguna medida.

b) Pero, además, el pacto referido a la renuncia a ejercitar acciones, tratándose de una relación consumidor-entidad en el marco de la contratación seriada, no puede tener la eficacia pretendida por la recurrente y ello por lo siguiente:

1) Dentro del propio Código civil, el artículo 1.208 del mismo establece la nulidad de la obligación nueva, si la novada también lo fuera. En el presente caso, la cláusula originaria, tras su enjuiciamiento por el juez a quo ha sido considerada nula por contrariar la normativa de consumo, y la Sala, en esta resolución, ha aceptado tal declaración.

2) El propio art. 1.255 del CC, aun fuera de la contratación seriada, lo que no es el caso, fija entre los límites a la libertad contractual, el orden público.

3) Otro tanto establece el art 6.2 de la CC en lo atinente a la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de los derechos. El orden público es, de nuevo, un límite a la misma

4) En el ámbito del Derecho de consumo, el art 10 de la LGDCU prohíbe la renuncia previa a los derechos de los consumidores y la posterior realizada en fraude de los derechos de los mismos (art 6 del CC).

5) De igual manera, el art 8, incisos b) y f), de la LGDCU establece la protección de los derechos de los consumidores frente a cláusulas abusiva e impone la protección de los mismos mediante procedimientos eficaces para suplir la situación de subordinación, desigualdad e indefensión de estos respecto a los profesionales.

6) En el ámbito de la Directiva de protección a los consumidores, el art 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993) , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con la finalidad de proteger un principio general de derecho comunitario como es la protección de los consumidores y el reemplazo de un aparente equilibrio formal de los derechos de los contratantes, por otro real, material, apto para restablecer con efectividad la precedentemente inexistencia igualdad entre las partes, se constituye como **una norma imperativa y de orden público** -equivalente a las normas que en el derecho nacional tengan naturaleza de norma de orden público- (STJUE de 21 de diciembre de 2016 y 30 de mayo de 2013 apartado 44). Esto es, la no vinculación de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional es una imposición del derecho comunitario a los estados miembros. La declaración de abusividad de una clausula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el consumidor de no haber existido dicha cláusula. (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 61). Por ello, la declaración de nulidad de la cláusula abusiva también habrá de determinar la de aquellos pactos, novatorios, modificativos o, déseles la naturaleza que se quiera, que tengan su fundamento o apoyo en la cláusula declarada nula.

Incluso no puede alegarse que fue el consumidor el que aceptó la aplicación de la cláusula nula, conforme a la STJUE de 21 de febrero de 2013, Asunto C-472/11 (LA LEY 5320/2013) , que establece que:

35 Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	21/27
			
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor **cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.**

No es este el caso, en cuanto no hubo una renuncia a hacer valer su derecho con conocimiento de la posible nulidad, sino, precisamente y conforme al tenor literal del documento suscrito, este partía de la validez de la cláusula y para mejorar la situación contractual del actor, "teoría del mal menor". En modo alguno la entidad demandada cuestiona, menos aún ante un órgano judicial, la eficacia de la cláusula de interés mínimo en el momento de suscribir el acuerdo novatorio, sino que se atemperan sus consecuencias a cambio de la imposición de la renuncia a reclamar en el futuro y por los intereses vencidos y abonados, cuyo final y definitivo importe no ha conocido el consumidor hasta la STJUE de 21 de diciembre de 2016 y la STS nº 123/2017, de 24 de febrero, que modifica la propia doctrina previa del Alto tribunal. Esto es, se trataba de una renuncia a una pretensión que solo posteriormente se fijó en los términos ya señalados, ineficacia ex tunc. Estima la Sala que no es este el supuesto en que el TJUE permite la aplicación de la cláusula nula a petición del consumidor y previa audiencia del mismo. La prueba de que no es este el supuesto es que son los actores, tras la firma del documento novatorio y con fundamento en la ineficacia de su precedente, los que interesan la ineficacia de ambos.

7) En estos términos, de las consideraciones realizadas tanto con base en el derecho interno como en la normativa comunitaria, difícilmente puede estimarse que los actores vinieron contra sus actos propios contrariando la buena fe. Esta alegación, propia del ámbito de la contratación civil negociada, no puede ser mantenida en la contratación seriada por las razones ya expresadas. El actor quería rebajar la carga económica del contrato, de hecho, para ello se dirigió a la oficina de la entidad según sus declaraciones, para ello aceptó una rebaja de la cláusula de interés mínimo a cambio de unas declaraciones negociales y unas obligaciones que, amén de su mera declaración respecto a las primeras pues no hay prueba de que fueran ciertas, dada la predisposición del negocio jurídico suscrito, es dudoso que fueran más allá de una conformidad genérica con la rebaja del interés mínimo, lejos del pleno conocimiento de los derechos renunciados, novados o confirmados. Reitera la Sala que una efectiva negociación con arreglo a las exigencias de la buena fe contractual hubiera debido partir de la renuncia por la entidad a la inclusión de la cláusulas sospechosa y el inicio de una nueva negociación del contenido contractual atinente a los intereses desde una situación previa a la imposición de la cláusula tachada de nula. Por el contrario, la demandada partió, sin ser consciente la actora de ello, del principio contrario, el de la validez de la cláusula de interés mínimo, ofreciendo una rebaja de su rigurosidad y pidiendo contrapartidas para ello.

De todo lo anterior, resulta que la ineficacia del pacto novatorio, no reside tanto en los defectos intrínsecos al mismo, que también los tiene -imposición de declaraciones de voluntad, ofrecimiento de contrapartidas a cambio de atenuar una cláusula ya "sospechosa", que finalmente se ha estimado nula por infracción de la normativa europea y nacional, y efectos atenuadores o moderadores de su eficacia a cambio de la imposibilidad de ejercitar acciones judiciales fundadas en normas de orden público e imperativas-, sino fundamentalmente porque la declaración de nulidad de la condición general originaria tiene un efecto de propagación de los efectos de la nulidad del negocio jurídico a los actos que tengan su base en la misma (sentencia de esta Sala nº 389/15 de 7 de octubre y, recientemente, el TS ha estimado la misma solución y para el negocio de canje de otros productos financieros por los declarados nulos en sentencias



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	22/27
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



nº 584/2016, de 30 de septiembre, y 614/2016, de 7 de octubre (LA LEY 135124/2016)).
En definitiva, no puede ser admitida la renuncia a la aplicación de la cláusula tachada de nula o la novación de la misma por otra más favorable al consumidor como causa de enervación de la apariencia de buen derecho.
Tal doctrina ha de ser reiterada en este acto y aplicada al caso enjuiciado referente a la novación producida en 2015”.

Y en iguales términos la reciente la STAP Córdoba 260/2019, secc. 1ª, de fecha 25 de marzo de 2019, y la STAP Córdoba 116/2020, secc. 1ª, de fecha 31 de enero de 2020, que dispone en su fundamento tercero que “Pues bien; si estas consideraciones generales o denominador común de partida las trasladamos al caso de autos, la cuestión inicialmente se traduce en determinar si el autodenominado "documento privado de novación modificativa préstamo hipotecario" tiene la naturaleza de una novación modificativa o la naturaleza de un contrato de transacción.

En este sentido se ha de significar, tal y como viene a indicar la citada S.T.S. de 11 de abril de 2018, que lo relevante no es la autodenominación "novación modificativa" que aparece en el propio documento, sino partir de una explícita situación de incertidumbre acerca de la validez y efectos de la cláusula suelo y participar de la causa propia de la transacción, esto es, evitar una controversia judicial sobre dicha validez y efectos (téngase presente, que las cláusulas suelo no son nulas por si mismas si no por su falta de transparencia y que cuando se trata del ejercicio de acciones individuales de nulidad, dicha transparencia puede acreditarse en base a una multiplicidad de circunstancias por cualquier medio probatorio; y téngase presente que a la fecha del documento de autos no estaba cerrada la controversia entonces existente en torno a la restitución parcial o total de las cantidades abonadas).

Partiendo de dichas consideraciones y abordando ya directamente el análisis del documento de autos, se considera conveniente señalar:

- El mismo tiene una redacción, que si bien permite la introducción de determinadas singularidades (identificación de los comparecientes, indicación de la fecha en que se deja sin efecto la cláusula suelo y delimitación del periodo en el que el préstamo queda sujeto a un tipo de interés ordinario del 2,30% nominal anual fijo) denota su carácter predispuerto con vocación de utilización en una generalidad de casos (téngase presente en este sentido el marco en el que se insertan dichas singularidades y la integridad del resto del documento a partir del apartado c) de la estipulación segunda).

- En el documento no se reconoce, ni mucho menos se explicita, ninguna situación de controversia en torno a la transparencia de la cláusula suelo ni, en su caso, sobre el alcance del efecto restitutorio en el caso de falta de transparencia.

- Como consecuencia de lo anterior no se consigna, ni siquiera de forma indirecta, la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar un pleito, sino que exclusivamente se indica que se ha acordado "la eliminación del tipo mínimo establecida para el Préstamo, y otras modificaciones más beneficiosas para el prestatario" (transitoria conversión de un préstamo a interés variable - euribor más 1 punto - en un préstamo a interés fijo al 2,30% durante el periodo comprendido entre el 23 de agosto de 2015 y el 23 de julio de 2016) y, a partir de dicha fecha aplicación del tipo de interés pactado inicialmente en la escritura de préstamo en cuanto a la variabilidad del interés, periodicidad de sus revisiones, índice de referencia y diferencial "pero dejando sin efecto el tipo mínimo inicialmente pactado".

- El documento termina con una cláusula sexta, denominada como "satisfacción de derechos" expresiva de: "la parte prestataria, con la novación modificativa aquí formalizada, se da por satisfecha con la eliminación del tipo mínimo, sin que tenga más que reclamar en cuanto a su aplicación hasta la fecha".

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	23/27





Pues bien, a la vista de dichas circunstancias procede concluir:

- El documento en cuestión es reflejo de una novación modificativa que introduce beneficiosas ventajas para el cliente y ello sin aludir para nada a la real situación de controversia que pudiera existir en torno a la transparencia real de la cláusula suelo en cuestión ni, por ende, a la más que probable nulidad de la misma (téngase presente en este sentido, que en la contestación a la demanda para nada se aludió a la concurrencia de dicha transparencia real).

- Como consecuencia de lo anterior, dicho documento no puede ser considerado como novación parte de una transacción (transacción novacional) ni como simple novación transparentemente aceptada por el cliente con pleno conocimiento del significado y alcance, que la misma tenía en relación a los derechos que le asistirán por razón de la abusividad inicial y no convalidante de la cláusula suelo en cuestión.

En dicha tesitura; en la que ningún efecto favorable al banco puede derivar de la mera lectura por el adherente de la escritura o de la mera claridad gramatical que pueda resultar de la redacción de la cláusula suelo en cuestión (tesitura enmarcada en una actuación extrajudicial que no es comparable, por razón de la efectiva asistencia técnica concurrente, con los acuerdos habidos durante el transcurso del proceso que son judicialmente homologables ex art. 19 de Lec.); en la que ningún efecto favorable al predisponente pueda derivar de la transcrita cláusula de "satisfacción de derechos", pues sus propios términos hablan por sí mismos en orden a una lineal falta de claridad y precisión a la hora de delimitar su significado y alcance; y en la que, en definitiva, en ningún caso puede considerarse que el pretendido documento de novación esté huérfano de los mismos defectos de transparencia real que inicialmente afectaban a la cláusula suelo, y en la, en definitiva, que mal puede considerarse la concurrencia de una voluntad plenamente informada del cliente en orden a la suscripción de la pretendida novación; la consecuencia mal puede ser distinta a la alcanzada en las citadas SS del T.S. de 16 de octubre de 2017 y 15 de junio de 2018."

Por su parte, **la recientísima STJUE de fecha 9 de julio de 2020**, recuerda una línea argumentativa ya consolidada en su jurisprudencia en el sentido de que el consumidor puede renunciar a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula cuando, "consciente del carácter no vinculante de una cláusula no abusiva", ahora bien (§§ 28 y 29) "únicamente puede ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13". El TJUE ha declarado en este sentido que las renunciadas pactadas entre las entidades financieras y los consumidores sobre las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios pueden ser examinadas por un juez y ser declaradas abusivas si no se cumplen los requisitos de información y transparencia; disponiendo 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" y que "debe 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".



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	24/27
 HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			



Por tanto, en el caso de autos, a pesar de la prueba practicada al efecto por la parte demandada, no se puede concluir que se haya acreditado que en dicha novación, con renuncia de derechos del consumidor, se hayan cumplido las exigencias de transparencia en el sentido de estar en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de dicha renuncia. En este sentido, en el ámbito de la información verbal, se aprecia una notable contraposición entre el testimonio de la parte actora y el empleado de la entidad demandada, trabajador y director de la sucursal de la entidad demandada que tramitó el acuerdo de novación, siendo obvio que si bien la prueba de interrogatorio no puede favorecer a la parte que declara, también lo es que el aludido empleado sigue trabajando para la entidad demandada y puede tener un evidente interés en la controversia, por lo que, ante tal evidente contradicción, en modo alguno se han acreditado los extremos para la validez del acuerdo novatorio por la entidad demandada a quien correspondía, máxime al suponer renuncia de derechos de un consumidor, en los términos jurisprudenciales expuestos. Así, tampoco por el mero testimonio de dicho empleado, dada su relación laboral e implicación en el litigio crediticio, se pueden dar por acreditados extremos que pudieran ser concluyentes de la cabal y cumplida información y comprensión por los actores de las consecuencias del acuerdo.

Por otro lado, de la literalidad de la cláusula litigiosa del acuerdo, dada su abstracta redacción, si quiera necesariamente se desprende una renuncia clara, válida y consciente de derechos futuros, como efecto que la parte prestamista pretende extraer de la misma.

Y así hasta el propio testigo empelado del banco ha reconocido en su declaración judicial que les dijo a los clientes que la vía judicial no se impedía con el acuerdo.

SEXTO.- En materia de intereses, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.108 y 1.109 CC, donde se prevé que “si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”, procede condenar a la entidad demandada al pago de los intereses legales, aun siendo la acción ejercita en autos de nulidad de cláusula contractual y consecuente devolución dineraria, como restitución de prestaciones indebidas entre las partes.

En este sentido se pronuncia expresamente la **STAP Córdoba, secc. 1ª, de fecha 20 de diciembre de 2017**, al disponer, entre otros extremos, que “*como señala la Sentencia de la Sala Primera Núm.259/2009, de 15 de abril, en la que, se remite a otras precedentes: «La sentencia de esta sala de 6 de julio de 2005, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, relaciona extensamente la jurisprudencia en relación al artículo 1303 del Código Civil, en el que se establece que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Recuerda la antedicha sentencia que el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996, llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa (sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964,*



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	25/27
HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==			





22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (Sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 19889, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales».

En igual sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4.5.2017 (referida a la suscripción de preferentes) que declara que “El momento a partir del cual se deben los intereses legales es en todo caso el de la entrega del dinero, por ser ese el momento en el que quien paga realiza la prestación restituible”.

SEPTIMO.- En materia de costas, conforme a lo dispuesto en el **Art. 394.1 LEC**, al producirse la estimación de las pretensiones acumuladas de la parte actora, y por aplicación del principio del vencimiento, las costas procesales se imponen a la parte demandada.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, y de conformidad con las facultades que me confiere la Constitución Española y el resto del ordenamiento jurídico,

FALLO

SE ESTIMA la demanda presentada por D. _____ y D^a. _____, representados por la Procuradora Sra. Pozo Martínez y defendidos por el Letrado Sr. Roldán Garrido, contra la entidad bancaria CAJASUR BANCO S.A., representada por el Procurador Sr. Roldan de la Haba y defendida por el Letrado Sr. Márquez Moreno, en los siguientes términos:

- **Se declara la nulidad de la estipulación contenida en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 27 de abril de 2.006, cláusula suelo**, cuyo contenido literal dice: “Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior al 3,50 por ciento nominal anual ni superar el 12,00 por ciento nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultara unos tipos inferiores o superiores a los Página 32 de 32 límites fijados, se aplicarán estos últimos”.

- **Se declara la nulidad de las cláusulas del documento de novación privada de préstamo hipotecario de fecha 6 de julio de 2.015 suscrito entre las partes.**

Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	26/27





- Se condena a la entidad a la devolución a la parte actora de las cantidades que se hubieran cobrado en exceso como resultado de la (indebida) aplicación de la citada cláusula suelo y del tipo fijo establecido en el contrato de novación, desde la suscripción del contrato de préstamo hipotecario.

- Se condena a la demandada al pago de los intereses legales de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la denominada cláusula suelo.

Se imponen las costas procesales a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma **no es firme** y que contra ella cabe la interposición de RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de 20 días ante la Ilustrísima Audiencia Provincial de Córdoba, a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, y para lo cual es requisito necesario la constitución de un depósito de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 15ª de la L.O 1/2009, salvo casos de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Librese testimonio de esta sentencia para su unión a autos.

Por esta mi sentencia, lo pronuncio y firmo.



Código Seguro de verificación:HpUo jz7pctxeWabocBmZfw==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	JOSE ANTONIO YEPES CARMONA 04/02/2021 14:00:58	FECHA	04/02/2021
	MARIA MONTSERRAT TOSCANO MARTI 04/02/2021 14:31:07		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	27/27

