



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº2 BIS DE CADIZ**

AVDA./ ANA DE VIYA 7 (EDIF. PROSERPINA)

Tlf.: 697700366 , 661150683 , 661150794 , 661150817. Fax:

Email:

NIG: 1101242C2017 [REDACTED]

Procedimiento: Proced. Ordinario (Contratación -249.1.5) [REDACTED]/2017. Negociado: 7

Sobre: Condic. generales contrato financ. garantía real inmov. prestatario pers. fisica

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: [REDACTED]

Letrado/a Sr./a.: [REDACTED]

Contra D/ña.: CAIXABANK SA

Procurador/a Sr./a. [REDACTED]

Letrado/a Sr./a.: [REDACTED]

**SENTENCIA [REDACTED]/2020**

Cádiz a 9 de julio de 2020.

[REDACTED] Juez de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia número DOS BIS de esta ciudad y de su partido judicial, ha visto **los autos de juicio ordinario número [REDACTED]/2017**, promovidos por [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales Alejandro [REDACTED] y asistidos por [REDACTED] contra **CAIXABANK**, representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] y asistido por la Letrada [REDACTED] **sobre CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - En fecha de 24 de octubre de 2017, el Procurador de los Tribunales referenciado, actuando en nombre y representación de [REDACTED]





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

██████████ presentó demanda de juicio ordinario frente a CAIXABANK, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, la cual terminaba suplicando el dictado de una Sentencia, por la que declare :

*A. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE LIMITACIÓN A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS insita en la CLÁUSULA SEGUNDA del apartado “TIPO DE INTERÉS VARIABLE”, del capítulo de NOVACIÓN HIPOTECARIA de la escritura de compraventa, subrogación y novación de hipoteca que se firmó ante el notario de San Roque D. Rodrigo Fernández-Madrid Molina con el nº ██████████ de su protocolo, con todos los efectos inherentes a tal declaración.*

*B. La retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula contractual de limitación a la variación de los tipos de interés, declarando que la entidad proceda a la devolución de aquellas cantidades abonadas indebidamente por mi mandante durante la aplicación de dicha cláusula.*

*C. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.*

**Segundo.** - Admitida a trámite la demanda y emplazada en forma la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda dentro del plazo de veinte días, oponiéndose a lo petitionado por la parte actora, en los términos que constan en autos

**Tercero.** - Citadas las partes a la celebración de Audiencia Previa, ésta tuvo lugar en fecha 6 de julio de 2020, en la cual las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación, se posicionaron sobre los documentos aportados y se fijaron los hechos objeto de debate. Recibido el proceso a prueba, la parte actora propuso la documental aportada, y, la parte demandada la documental aportada autos, quedando las actuaciones vistas para sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 429.8 de la LEC. La cuantía del procedimiento, quedó fijada como INDETERMINADA.



**Cuarto.** –En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Primero. - Objeto del proceso.

Nos hallamos ante un procedimiento ordinario, en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción de nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés de la escritura de fecha 11 de septiembre de 2008, solicitando como consecuencia de la nulidad, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas y demás efectos inherentes, fundamentando su pretensión en los artículos 82, 85 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLDU), así como en los artículos 5 a 10 de Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCG) y en el artículo 1.303 del Código Civil (en adelante CC).

En concreto, indica la parte actora que en la subrogación y novación del préstamo hipotecario no se han observado los requisitos de transparencia, negociación individualizada e información previa, considerando igualmente abusivo el contenido de la cláusula impugnada.

Por todo ello, solicita la parte actora la nulidad de la citada cláusula , con los efectos inherentes a la nulidad declarada.

La demandada se opone a las pretensiones articuladas de contrario e interesa el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda interpuesta. Alega, la existencia de información previa, el cumplimiento del control de incorporación y de transparencia, amén de la teoría de los actos propios, no procediendo por tanto el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas y la eliminación de la cláusula impugnada al ser inexistente la nulidad alegada de contrario.



**Segundo. - Hechos controvertidos.**

Sentadas de este modo las pretensiones de las partes en el presente procedimiento, dos son esencialmente las cuestiones controvertidas.

En primer lugar, determinar si la cláusula limitativa del tipo de interés de la escritura de fecha 11 de septiembre de 2008, supera los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación previstos en el artículo 5 y 7 de la LGC y en caso afirmativo una posible nulidad por abusividad de su contenido en virtud de lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del TRLDCU.

Y, en segundo lugar, y en caso de considerarse abusiva la citada cláusula, los efectos inherentes a la nulidad declarada.

**Tercero. - Abusividad de la cláusula limitativa del tipo de interés.**

Las partes suscribieron una escritura de compraventa, subrogación y novación de préstamo hipotecario en fecha 11 de septiembre de 2008, pactando un interés fijo de 7,00 % durante los seis primeros, trascurridos los cuales se aplicaría un interés variable resultante de adicionar al EURIBOR un diferencial de 2,00%, pero añadiendo una cláusula limitativa del tipo de interés del 5,25 y 15% (folio 31). La obligación de informar en el caso de subrogaciones y novaciones, ha sido declarada por las STS Sala Primera de 24 de noviembre de 2017 y 24 de abril de 2018

Una vez dicho lo anterior, debemos definir qué se entiende por cláusula suelo. Y así, ésta es definida como, *“una condición general de la contratación que las entidades financieras, como predisponentes, han incluido en una pluralidad de contratos. Le corresponde a tal entidad acreditar que fue objeto de negociación o que, a pesar de ser una condición general, supera el doble control de transparencia por lo que se ha incorporado correctamente al contrato y es lícita”*.



Deberemos de partir de los criterios expuestos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, no 241, de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013), para concluir si se han superado los controles, el de incorporación en los términos del art. 5 y 7 de la ley 7/98 sobre condiciones generales de la contratación y el de transparencia a fin de constatar 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.

El Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control, los cuales de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica.

La entidad financiera debe acreditar con la prueba practicada que el consumidor comprendiera que contrataba un préstamo con un tipo de interés mínimo fijo del que no se beneficiará en un futuro de las bajadas del tipo de referencia. Las circunstancias a tener en cuenta según el f. 225 de la STS de 9 de mayo de 2013 serán: a) haber facilitado una información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) la existencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) la existencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) la ubicación de la cláusula en el contrato, si esta resaltada y destacada o totalmente carente de precisión y concreción.

Si no se supera el doble control de transparencia y se declara abusiva por poco transparente, deberá resolverse sobre los efectos de esta nulidad, nulidad que deriva de la abusividad de la cláusula conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Real





Decreto legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

En cuanto a las consecuencias de esta nulidad debemos tener en cuenta la STJUE Francisco Gutiérrez Naranjo & Cajasur Banco, S.A.U., asunto C-154/15, de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:980), en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada al TJUE C-154/15 por el Juzgado de lo Mercantil no 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S.A.U. En la citada resolución 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”*.

Debemos tener presente que, como indica el TJUE que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor por lo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (párrafo 62), por lo que la devolución de los importes indebidamente abonados debe realizarse desde la fecha de suscripción del **contrato más el interés legal del dinero desde cada cobro indebido** y hasta la fecha de la presente sentencia, art. 1.303 del CC, y desde ésta y hasta el completo pago en el establecido en el artículo 576 de la LEC.





En este sentido el TS corrige la doctrina de sentencias anteriores mediante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, no 123, de 24 de febrero de 2017, (Roj: STS 477/2017) en el siguiente sentido:

*“3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo , toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:*

*a) 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 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y 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 en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

*b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo 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; y 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 7.1 de la Directiva 93/13/CEE” .*

Una vez expuesto el contexto legal y jurisprudencial, procede aplicar a la cláusula litigiosa el doble control de transparencia, al ostentar la parte actora la condición de consumidor, no discutida por la entidad demandada.

En primer lugar y en lo que se refiere a la valoración probatoria, debemos destacar que, no se ha acreditado por la parte demandada, como le incumbía (artículo 82.2 RLDCU), que con carácter previo a la contratación del préstamo hipotecario, facilitase a la parte prestataria la información necesaria y suficiente para que conociese, no ya la





Existencia de la cláusula, sino la verdadera trascendencia económica que la misma tenía para el contrato.

En este sentido, debemos decir que la entidad demandada no ha acreditado que la parte actora tuviera conocimiento suficiente de la trascendencia que en su economía tendría la fijación de una cláusula limitativa del tipo de interés a la baja, es decir, si desconocía que en la realidad estaba concertando un interés variable que se convertiría en fijo, si el EURIBOR más el diferencial eran inferiores al 5,250%.

Tampoco ha resultado acreditado que se practicaran simulaciones de escenarios diversos en relación al comportamiento de los tipos de interés, ni que se suministrara un estudio sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el período al que pudiera contratarse la cobertura. La información que hubiera hecho comprender a la parte prestataria el real sentido del contrato, es aquella que les permitiera entender fácilmente que en realidad estaba pactando un préstamo a interés fijo variable sólo al alza, y esa información no consta que se haya ofrecido aquí.

Si con anterioridad a la firma de la escritura pública no consta que se informara de manera clara y transparente sobre la trascendencia económica de la cláusula suelo, esa ausencia de información tampoco puede considerarse subsanada en el momento de la firma, incluyéndose la cláusula entre el resto de condicionado económico de la escritura (STS de 24 de enero de 2018).

En este sentido debe recordarse que la STS de 9 de mayo de 2013 declara que la cláusula *“no puede estar enmascarada, entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyecta sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”*. Y eso es lo que ocurre en el presente caso, se pone el énfasis en que se trata de un crédito con interés variable, con el tipo de referencia EURIBOR, pero añadiendo una cláusula limitativa del tipo de interés del 5.250%.





Lo anterior no se desvirtúa por el hecho de que interviniera en la escritura el Sr. Notario y procediera a la lectura de la escritura pública o que recogiera que había tenido a la vista una oferta vinculante, además aun cuando se diera lectura a esa cláusula, ello es insuficiente para atender el control de transparencia en los parámetros antes expuestos, pues de los términos de esa lectura no se puede inferir que el prestatario llegasen a alcanzar la comprensión real de su importancia en el desarrollo del contrato. Respecto de la intervención de notario también recordar la STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1279), que sintetiza el criterio de la Sala del Tribunal Supremo en esta cuestión con remisión a la STS 464/2014 y añade que en la medida que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, por lo que si la información previa era errónea la función del notario poco puede aportar para superar el doble control de transparencia.

Finalmente, concurre el criterio señalado por el TS en su Auto de 3 de junio de 2013 como suficiente para concluir que la cláusula es abusiva. Señala el Alto Tribunal en esta resolución, que **“la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”**. Y esto es lo que ha sucedido en el presente caso, pues la parte actora a pesar de suscribir un contrato de préstamo a interés variable nunca han podido beneficiarse de las bajadas del EURIBOR, operando los contratos en cuestión como préstamos a interés fijo.

Por todos los motivos expuestos, hemos de concluir que la cláusula limitativa del tipo de interés, inserta en la escritura de fecha 11 de septiembre de 2008, es abusiva, y, por consiguiente, nula de pleno derecho, por no superar el doble control de transparencia formal y material, causando un manifiesto perjuicio a la parte actora en favor de la





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Entidad financiera demandada. .

En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés, la entidad demandada **deberá eliminar la citada cláusula y reintegrar** a la parte actora la cantidad de TRECE MIL SETENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS (13.074,79€), más los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de la presente resolución hasta su completo . La citada cantidad, fue ofrecida por la demandada y aceptada por la actora en la audiencia previa.

Y todo en ello por aplicación de los artículos 1.303 del Código Civil y 83 del Real Decreto legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), tal y como indica la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 477/2017 de 24 de febrero. La STS 698/2017, de 21 de diciembre, declara que los efectos de la nulidad operan ex lege, siempre que no sean limitados por el principio dispositivo de las partes.

**Cuarto. - Costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede imponer las costas a la parte demandada, al ser la demanda estimada en su integridad.

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

**FALLO**

**QUE ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda formulada por el Procurador [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra CAIXABANK, se **DECLARA:**





1.- La **nulidad y consiguiente eliminación** de la cláusula limitativa del tipo de interés inserta en la escritura de 11 de septiembre de 2008.

2.-En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés, la entidad demandada **deberá reintegrar** a la parte actora la cantidad de TRECE MIL SETENTA Y CUATRO EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS (13.074,79€), más los intereses del artículo 576 de la LEC desde el dictado de la presente resolución hasta su completo pago.

3.- Se condena a la entidad demandada al pago de las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden formular **recurso de apelación** ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz que deberá interponerse ante este Juzgado en el **plazo de los veinte días** siguientes al de su notificación y el recurrente deberá constituir y acreditar al tiempo de la interposición el **depósito para recurrir de 50 euros**, mediante su ingreso en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado, sin cuyos requisitos no se admitirá a trámite el recurso.

Así por esta mi sentencia la pronuncio, mando, y firmo.

Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, en la audiencia pública del mismo día de su fecha. Doy fe.





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

