



## SENTENCIA Nº 805

**ILTMOS/A. SRES/A.**

**PRESIDENTE**

**D. JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES**

**MAGISTRADO/A**

**D. ENRIQUE PINAZO TOBES**

**D<sup>a</sup> ANGÉLICA AGUADO MAESTRO** Granada a 20 de noviembre de 2019.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial ha visto el recurso de apelación nº 580/2019, en los autos de juicio ordinario nº 184/2016, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Santa Fe, seguidos en virtud de demanda de don [REDACTED] doña [REDACTED] y don [REDACTED] representados por la procuradora doña Lucía María Jurado Valero y defendidos por la letrada doña Amparo Oya Casero; contra **Unicaja, S.A.**, representado por la procuradora doña Josefa Hidalgo Osuna y defendido por la letrada doña María Irigoyen Castillo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el mencionado Juzgado se dictó sentencia en fecha 13 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

*“Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup>. Lucia María Jurado Valero en nombre y representación de D. [REDACTED] D<sup>ña</sup>. [REDACTED] [REDACTED] y D. [REDACTED] contra UNICAJA BANCO S.A.U. debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos formulados. Con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora”.*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo. Una vez remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, fueron turnadas a esta Sección Tercera el pasado día 31 de mayo de 2019 y formado rollo, por providencia de fecha 3 de julio de 2019 se señaló para votación y fallo que por razones del servicio se adelantó al día 14 de noviembre de 2019, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

Siendo Ponente la Il<sup>ta</sup>. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Angélica Aguado Maestro.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En la demanda se ejercita una acción individual destinada a que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula que limita la variación a la baja de los tipos de interés que incorpora la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario suscrita el 21 de marzo de 2006, donde en la segunda parte del documento se pacta modificar las condiciones del préstamo, en concreto, el tipo de interés con un fijo del 2,80% los doce primeros meses y a partir de esa fecha sería variable Euribor+1,30 puntos, con un mínimo del 3,50%, al incluirse la cláusula siguiente: “En ningún caso, el tipo de interés aplicable al prestatario será inferior al 3,5 por ciento nominal anual”, con bonificaciones en todo caso hasta un máximo de 0,60 punto.

La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda al considerar que al tiempo de subrogarse el actor en el préstamo hipotecario era plenamente conocedor del alcance y significado de la cláusula cuestionada, pues en otro caso no se entiende que la entidad bancaria se aviniese a reducir el límite mínimo al tipo de interés pactado, tal y como se deduce de la documental aportada y la testifical practicada de la empleada de Unicaja con quien negoció las condiciones de la subrogación; y frente a dicha resolución la parte actora interpone recurso de apelación al considerar que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba.

**SEGUNDO.-** El recurso de apelación consideramos que debe prosperar, pues como al resolver otros recursos de apelación (recursos nº 512/2017, 520/2017, 608/2017, 732/2017, 755/2017, entre otros), en los casos en los que únicamente contamos como prueba con la escritura pública de préstamo hipotecario, la declaración del prestatario y la testifical del empleado de la entidad que intervino en la gestión de la operación, entendemos que no es prueba suficiente para justificar que la cláusula supere el segundo control de transparencia exigido por el TS para su validez, pues aunque la redacción de la condición general es clara y la sistemática de su incorporación adecuada, al incluirse en la estipulación en la que se pactan los intereses remuneratorios del préstamo, esta prueba no parece suficiente para considerar que la cláusula supere el segundo control de transparencia, atendiendo a la jurisprudencia del TS que recoge la sentencia de 24 de marzo de 2015 (nº 138/2015) al decir que *“la denominada “cláusula suelo” debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, que verifique que la información suministrada permite al consumidor saber que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago, y que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato”*.

En el caso ahora analizado, la cláusula tendría un tratamiento secundario en la escritura si lo comparamos a cómo se incorpora el tipo de interés





remuneratorio variable a aplicar en el segundo periodo y el Banco no acredita que ofreciera al adherente la información suficiente de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues carecemos de datos sobre las negociaciones precontractuales. Es cierto que la empleada del Banco al prestar su testimonio en el acto del juicio se basó en una documentación que elaboró antes de aceptar la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario, pero esta documentación no fue aportada por el Banco al contestar a la demanda.

Como explica el TS en la sentencia de 7 de noviembre de 2017 (rec. 405/2015) *“La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato. El diferencial respecto del índice de referencia y el TAE que supone la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece. En el presente caso, la sentencia recurrida no ha tomado en consideración este criterio, pues no ha dado trascendencia a que no se hubiera proporcionado al demandante, con una antelación suficiente a la firma del contrato, la información relativa a la cláusula suelo, de modo que pudiera conocer su existencia y trascendencia y comparar distintas ofertas.”*.

En lo que vuelven a insistir las sentencias del TS nº 36/2018 de 24 de enero y nº 43/2018 de 29 de enero, con referencia expresa esta última a la intervención del notario y la necesidad, en todo caso, de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

El documento suscrito por el actor el 25 de marzo de 2011 por el que solicita la modificación de las condiciones del préstamo hipotecario tampoco acredita que cuando se subrogó en el préstamo se le informara de las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula suelo, de hecho, en este documento no se hace ninguna referencia a que existiera un tipo mínimo para limitarse a recoger que se le venía aplicando un tipo de interés remuneratorio del 2.90% anual y que el Banco le proponía por un año una rebaja al 2.65% anual, desconociéndose si realmente se llegó a aplicar.





**TERCERO.-** En cuanto a las costas serán de aplicación los arts. 394 y 398 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLO

**Estimamos el recurso de apelación** presentado por don Juan I [redacted] y revocamos la sentencia de 13 de noviembre de 2018 dictada en el juicio ordinario nº 184/2016, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Santa Fe y estimando la demanda:

1.- Declaramos la nulidad de la cláusula que establece el límite a la variación del tipo de interés en el 3,5% incorporada en la escritura de compraventa, subrogación y modificación del préstamo hipotecario suscrita el 21 de marzo de 2006, condenando a Unicaja Banco, S.A.U., a eliminarla del contrato.

2.- Condenamos a Unicaja Banco, S.A.U., a recalcular el préstamo como si la cláusula no hubiera existido y a reintegrar a los prestatarios lo cobrado en exceso como consecuencia de la aplicación de la cláusula, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro periódico y condena al pago de las costas ocasionadas en primera instancia, sin hacer condena por las costas del recurso y devolución del depósito constituido.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, a interponer ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el siguiente a su notificación, siendo resuelto por la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo.

Firme la presente resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

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

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.  
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*

