



Roj: SJM MA 194/2014 - ECLI:ES:JMMA:2014:194  
Id Cendoj: 29067470012014100009  
Órgano: Juzgado de lo Mercantil  
Sede: Málaga  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 876/2011  
Nº de Resolución: 1311/2014  
Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores  
Ponente: MARIA JESUS DEL PILAR MARQUEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE MALAGA / 1 BIS**

Ciudad de la Justicia C/ Fiscal Luis Portero García s/n

Tlf.: 951939040. Fax: 951939140

NIG: 2906742M20110001516

**Procedimiento: Juicio Ordinario 876/2011. Negociado: A**

Sobre

De: D/ña. AGRICOLA MONTE RURAL SL

Procurador/a Sr./a.: ENRIQUE CARRION MARCOS

Letrado/a Sr./a.: VICTOR BAZAGA CEBALLOS

Contra D/ña.: CAJASUR

Procurador/a Sr./a.: BELEN CONEJO MARTINEZ

Letrado/a Sr./a.: FERNANDO PEÑA AMARO

**Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga**

**SENTENCIA nº 1311/14**

En Málaga, a 30 de septiembre de 2014.

Vistos por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Jesús del Pilar Márquez, Magistrada-Juez Titular del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, adscrita al Juzgado de lo **Mercantil** nº 1 de Málaga y su Partido, los autos de **Juicio Ordinario nº 876/2011** seguidos a instancia de AGRÍCOLA MONTE RURAL S.L. frente a CAJASUR, se ha dictado la siguiente Sentencia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por la actora, mediante escrito presentado en el Decanato el 27 de julio de 2.011, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario, en ejercicio de la acción declarativa de nulidad de condición general de la contratación y acción de reclamación de cantidad.

**SEGUNDO:** La demanda fue admitida a trámite por Decreto, en el que se acordó dar traslado de la misma, con sus documentos, mediante copia, a la parte demandada, para que contestara a la demanda en el plazo de 20 días.

Por Decreto se citó a las partes a la celebración de la preceptiva audiencia previa, y tras la misma, tuvo lugar el acto del juicio, con el resultado que obra en el acta telemática.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- FIJACIÓN DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA OBJETO DE LITIGIO.

Afirma la ACTORA que las partes firmaron la escritura pública de préstamo hipotecario el día 28 de julio de 2.004 en la Notaría de D. José Gabriel Calvache Martínez. En la misma se incorporó la denominada **cláusula suelo**, la cual viene a establecer que "se pacta expresamente que el interés resultante no podrá ser superior al 12% ni ser inferior al 3,50%". Ello implica un desequilibrio palmario entre las partes, ya que fija un techo ficticio (el EURIBOR no ha pasado del 6% desde la incorporación masiva de estas **cláusulas** a los contratos de préstamo) y fija un tipo de interés realmente fijo o revisable sólo al alza.

Por ello interesa que:

Se declare la nulidad, por abusiva, de la condición general de la contratación (en adelante CGC) descrita en la **cláusula** TERCERA BIS del contrato de préstamo firmado entre las partes.

Se condene a la entidad demandada a que elimine esa CGC.

Se condene a CAJASUR a abonar al actor las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de la referida **cláusula suelo** hasta la interposición de la demanda.

Se condene a CAJASUR a abonar la cantidad resultante tras realizar los cálculos necesarios que determinen lo que se tendría que haber abonado sin la **cláusula suelo**, hasta el dictado de la sentencia.

Se condene a CAJASUR a realizar los cálculos necesarios para proceder a la devolución de las cantidades reclamadas.

Los intereses procesales.

Las costas.

La parte DEMANDADA refiere que estas **cláusulas** no son abusivas y así lo determina un informe elaborado por el BANCO DE ESPAÑA, publicado en el boletín del Senado el 7 de mayo de 2.010. La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2.011 ya determina la necesidad de transparencia y de protección del cliente de servicios financieros. En cuanto al histórico de los tipos de interés, el EURIBOR ha llegado a estar muy alto, por lo que sí existe equilibrio entre el techo y el **suelo**, constituyendo esta **cláusula** una *garantía para el consumidor*. La actora no acredita que la **cláusula** concreta sea abusiva ya que ha sido negociada con la actora, incluida en la oferta de la caja, conocida, aceptada y firmada en muestra de conformidad.

Por todo ello, interesa el dictado de una sentencia desestimatoria, con condena en costas.

#### **SEGUNDO.-** CONTENIDO DE LA **CLÁUSULA SUELO**. PRINCIPAL. ACCESORIO.

Hasta la STS de 9 de mayo de 2.013 gran parte de la discusión giraba en torno al carácter esencial o no en el contrato de la CG. Ello se debía a que conforme al art 4.2 de la Directiva 93/13 "la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible", sin perjuicio de que (art 8) el Estado miembro, adopte o mantenga en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Así, de considerar que la **cláusula** definía el objeto principal del contrato, no cabría controlar su carácter abusivo. El TS concluye que la **cláusulas suelo** forman parte inescindible del precio y por tanto definen el objeto principal del contrato. De este modo no cabe un control de equilibrio, pero sí un doble control de transparencia que el propio art 4.2 in fine habilita.

Este razonamiento sienta claramente la consideración de la **cláusula** como definidora del objeto del contrato, y excluye el control de contenido, remitiendo a un control de incorporación y a un doble control de transparencia.

#### **TERCERO.-** CONTROL DE INCORPORACIÓN.

La regulación sectorial del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenido en la OM de 5-5-94 garantiza la incorporación de las **cláusulas** de determinación de los intereses y su oscilación en función de las variaciones del EURIBOR.

La OM en su art 7.2, sobre la *intervención de notario*, indica que, en el caso de préstamo a tipo de interés variable, debe advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar

en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes.

*Respecto de la intervención del fedatario público, en sí misma considerada, no acredita una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable, además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo.*

Difícilmente cabría otorgar a esta intervención notarial virtualidad per se para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra y en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado)

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia. Por un lado parece coherente un examen abstracto y no individualizado de la intervención en el concreto préstamo en el marco de una acción colectiva como la que resolvió el Alto Tribunal. Por otro lado, como indica Pertíñez Vílchez (InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 3 de 2013), destaca el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994, que en la práctica se sustancian en la oferta vinculante y en una advertencia de la existencia de la **cláusula suelo** en el mismo momento conclusivo del contrato, momento que no es propicio para que el consumidor se replantee una decisión previamente adoptada a partir de una información incompleta.

En modo alguno garantizan estos requisitos que el consumidor hubiera conocido la existencia de una **cláusula suelo** y la trascendencia que la misma podía tener sobre la carga económico-jurídica del contrato antes de contratar.

A mayores, no se ha practicado como prueba la declaración del fedatario público ante el que se firmó la escritura pública de préstamo, por lo que se desconocen los términos de la información, es decir, si esta versó sobre todas las consecuencias económicas y jurídicas del contrato, específicamente en relación a que el interés de la CGC no es un interés variable, sino un interés fijo, determinando una cantidad perenne para la entidad con independencia de las fluctuaciones del EURIBOR. Además, el testigo que ha depuesto en el acto del juicio, Belarmino, que contrató el producto financiero con el representante legal de AGRÍCOLA MONTE RURAL S.L., ha reconocido en el acto del juicio que no intervino en la Notaría, por lo que la demandada, que tiene la carga de la prueba no ha acreditado que se le informara de todos los riesgos jurídicos y económicos al actor.

#### **CUARTO.- CONTROL DE TRANSPARENCIA.**

Superado el control de inclusión, procede el control de transparencia.

La **cláusula** examinada, se incluye en un *contrato ofrecido como préstamo a interés variable*, pero de hecho, **convierte el contrato en préstamo a interés fijo**. La oferta no completada con información adecuada desplaza el foco de atención sobre el diferencial del tipo de referencia que en la vida real del contrato con **cláusula suelo** previsiblemente carecerá de trascendencia, influyendo de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor, particularmente al ofrecerse conjuntamente con una **cláusula** techo a modo de contraprestación.

Para llegar a la conclusión de que no son **cláusulas** transparentes (apartado 225 del FJ XIII y séptimo del fallo de la STS 9-5- 2103) se atiende a diversas circunstancias:

-Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

-Se insertan de forma conjunta con las **cláusulas** techo en aparente contraprestación.

-No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de tipo de interés en el momento de contratar.

-No existe información clara y comprensible sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el que pudiera contratarse la cobertura, con otras modalidades de préstamo o la advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.-

-Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos que enmascaran y diluyen la atención del consumidor.

-Se crea 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 (cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, siendo irrelevante que el consumidor se haya podido ver beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia - Auto de aclaración del TS de 3-6-2013 -).

Al no superar el control de transparencia cabe examinar su carácter abusivo. Conforme al art 8 LCGC las condiciones generales que contradigan cualquier norma imperativa o prohibitiva son nulas de pleno derecho salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, siendo en partícula nulas las que sean abusivas en contrato celebrado con consumidor.

Esta abusividad se concreta ( art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) en que contradiciendo las exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del consumidor, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsible por un empresario diligente a corto/medio plazo.

Este desequilibrio no ha de entenderse en términos económicos (no se exige equidistancia entre el **suelo** y el techo, de existir éste) sino de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto. Si bien el futuro a medio/largo plazo es imprevisible, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a la entidad crediticia y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable (el tipo pasa a ser variable únicamente al alza).

En definitiva, la STS está asumiendo que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación, o en la redacción de una **cláusula** sin ambigüedades, sino que exige además, en relación a los elementos esenciales, un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, lo que proscribire una defraudación de la carga económica del contrato, tal y como la había percibido, mediante la inclusión de una condición general, que aun superando los requisitos de incorporación, pasó inadvertida al consumidor.

#### **QUINTO.- EL CASO CONCRETO.**

En el supuesto examinado la **cláusula** TERCERA BIS determina que "se pacta expresamente que el interés resultante no podrá ser superior al 12% ni ser inferior al 3,50".

De la prueba practicada en el acto del juicio se infiere que este tipo de **cláusulas** se incorporaban a los contratos de préstamo hipotecario de forma general sin negociación individual. De la documental aportada con el escrito de demanda destacan dos documentos el nº 15 y el nº 17, en los mismos, se desestima la reclamación de la parte actora para que le quiten la **cláusula suelo** por los servicios centrales de atención al cliente de CAJASUR alegando, en ambos casos, y en diferentes fechas, 14 de diciembre de 2.009 y 18 de marzo de 2.011, que "dicha **cláusula** es de APLICACIÓN GENÉRICA A TODOS LOS CONTRATOS DE INTERÉS VARIABLE QUE SE CONCEDEN EN LA ENTIDAD", así, queda plenamente acreditado que NO EXISTÍA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL por el cliente. Es un hecho reconocido por la demandada, y, por ende, exento de prueba y que le es enteramente perjudicial

De la declaración de Belarmino se infiere que el actor afrontó la operación financiera como una inversión y que se barajaron otras ofertas de otros bancos y cajas. Se le explicó el funcionamiento del EURIBOR. Instó el actor una novación en 2.011 que no se aprobó y asimismo, solicitó la eliminación de la **cláusula suelo** en el año 2.009, que fue denegada. Pues bien, estas manifestaciones no están corroboradas con otros datos objetivos. Más bien al contrario, como se deduce de la documentación aportada por la actora con la demanda y de esta declaración no se infiere con claridad que esta **cláusula** en concreto la hubiera discutido (su inclusión) con el representante legal de la actora; tampoco que se le hubiera informado cabalmente de que lo que realmente estaba firmando era un contrato con un tipo de interés fijo y no variable, por lo que no iba a poder beneficiarse de las bajadas de interés. El beneficio de la entidad es claro, evidente, ya que se asegura un mínimo "pase lo que pase" y si el EURIBOR hubiese fluctuado al alza sí se hubiera revisado el tipo de interés pero siempre en

caso de subida y a favor del banco y ello hasta el techo del 12%, lo cual también supone una desproporción y una absoluta falta de equilibrio entre las partes contratantes. Si realmente el prestatario hubiese tenido libertad nunca se hubiese fijado un techo tal alto y sí hubiese pactado el beneficio ante una bajada generalizada de los tipos de interés consistente en la revisión de su tipo, adecuando el mismo a las bajadas del EURIBOR.

No se acredita por CAJASUR, que tiene la carga de la prueba, que se hubieran simulado escenarios diversos ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés.

El **suelo** se ofrece como aparente contraprestación de un techo nada más y nada menos que del 12% cuando nunca han alcanzado los intereses de referencia un nivel tan alto como el previsto de techo, ya que desde su puesta en funcionamiento el EURIBOR no ha llegado al 6 %, hecho que se admite y en todo caso es conocido y fácilmente comprobable. Como indica la citada STS, "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".

Así, esta **cláusula suelo**, tras los controles de inclusión, transparencia y abusividad debe declararse nula, de acuerdo con lo establecido en el art 9 LCGC que determina que: "1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las **cláusulas** de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las **cláusulas** generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil ."

No plantea duda alguna el mantenimiento de la eficacia del contrato, limitando la nulidad a la de la **cláusula TERCERA BIS** en cuanto a la fijación de un **suelo** o límite mínimo a la variabilidad del tipo nominal de interés (FJ decimosexto de la STS 9-5-13 ).

#### **SEXTO.- EFICACIA RETROACTIVA DE LA NULIDAD DE LA CGC.**

Declarada la nulidad de la CGC, la cuestión discutida estriba en determinar la eficacia retroactiva o no de la misma.

La STS de 9 de mayo de 2.013 tras recordar la regla general de que la ineficacia de un contrato o alguna de sus **cláusulas** exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas, debiendo ( art 1303 CC ) restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, en misma línea que propugna el informe de 27 de abril de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo ("la decisión judicial por la que se declara abusiva una **cláusula** determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato, ex tunc"), y la STJUE de 21-3-2013 RWE Vertrieb AG, C-92/11 , concluye sin embargo declarando la irretroactividad de "la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las **cláusulas** no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia" (F.J. XVII, apartado 294).

Se basa la decisión en la propia naturaleza de la *acción de cesación* interpuesta, dirigida más bien a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura, así como en razones de *seguridad jurídica* , no apreciando enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra que fuera necesario conjurar, ni mala fe (lo que permitiría según la misma STJUE de 21-3-2013 la limitación de la retroactividad), pero sí *riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico* . Se toma en consideración que las **cláusulas** examinadas son lícitas y la condena a cesar en su uso y eliminarlas por abusivas no se basa en su ilicitud intrínseca de sus efectos sino en la falta de transparencia (que no deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiente información). Igualmente se atiende a que obedecen a razones objetivas; a que no son inusuales ni extravagantes; a que no constaba que no se hubieran observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5-5-94; y a que responden a una finalidad de mantener un rendimiento mínimo de los activos que permita a las entidades resarcirse de los costes,

calculándose para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Audiencia Provincial de Málaga en su sentencia de 12 de marzo de 2.014 . En la citada resolución se establece que: "no puede la Sala dejar pasar por alto la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de la **cláusula suelo**, respecto de las cantidades cobradas con anterioridad a la Sentencia en aplicación de la **cláusula** en cuestión, ello dadas la discrepancias doctrinales que al respecto han surgido en atención a los términos en que el Tribunal Supremo se expresa sobre la misma en la sentencia de 9 de mayo de 2013 y pese a la dificultad que supone el desconocimiento por parte de la Sala de los motivos de disconformidad del apelante frente a lo resuelto en la Sentencia apelada y ello sin riesgo de incurrir en incongruencia de tipo alguno , en la medida que la parte apelante , no obstante la falta de alegaciones sobre esta cuestión , sí pide la revocación íntegra del Fallo . Al respecto, hemos de señalar que el artículo 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación remite al régimen general de la nulidad contractual, señalando el artículo **1.303 del CC** : "**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 sus intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.**" ; la finalidad de esta norma no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra ( STS de 23 de junio de 2008 , entre otras muchas), tratándose de una obligación ex lege, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual , siendo de alcance , no solo a los contratos declarados nulos , sino también a las **cláusulas** contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas . Pues bien, ello así, aun cuando es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , a cuya fundamentación jurídica hemos hecho continuas referencias y en la que nos hemos apoyado en orden a resolver la cuestión litigiosa objeto de esta litis , niega el efecto retroactivo de la Sentencia , también es verdad que la Sentencia se dicta en el marco procesal de una **acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorio de condena a la restitución** ( como prevé el artículo 12 de la L.C .G.C ), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la **cláusula**, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad , no es de aplicación preceptiva al supuesto que nos ocupa, en el cual la acción ejercitada es una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una **cláusula** contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la **cláusula** en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé, razón por la cual, en el caso concreto enjuiciado, declarada la nulidad de la **cláusula** objeto de controversia, deben restituirse las prestaciones derivadas de dicha **cláusula**".

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso concreto y determinado planteado, la sociedad demandante no fue parte en el proceso sentenciado por el TS el 9 de mayo de 2.013 , es parte actora en el presente procedimiento, en el que ejercita una acción individual de nulidad (no colectiva ni de cesación) y, como consecuencia de esta nulidad, procede que sean restituidas todas las cantidades pagadas a la entidad de crédito en aplicación de la **cláusula suelo**, por imperativo legal, ex art 1.303 del CC . A ello debe añadirse que no le cabe al Juez nacional modular o integrar los efectos de la nulidad por abusivas de **cláusulas** con consumidores ( STJUE 12-6-2012 ), y que los efectos de la nulidad de esta CGC están lejos de producir un grave trastorno en la economía nacional ya que la **cláusula** ha jugado solo en contra del consumidor y nunca del banco.

Por todo lo expuesto, procede estimar íntegramente esta acción.

#### **SÉPTIMO.- INTERESES.**

La STS de 20 de enero de 2.009 del pleno en el recurso casación nº 1234/2.008 (Unificación de Doctrina Jurisprudencial) determina que por intereses legales deben entenderse dos, los intereses moratorios ordinarios de los arts 1.101 y 1.108 del CC : el interés legal del dinero (también puede ser pactado por las partes) y los intereses procesales del art 576 LEC : el interés legal del dinero incrementado en dos puntos porcentuales (también puede ser pactado o dispuesto por Ley especial).

Esta sentencia del TS fija un criterio unificador que ha sido recogido en varias sentencias posteriores, entre ellas la STS de 23 de noviembre de 2.011 y la STS de 24 de noviembre de 2.010 , que determina que los intereses moratorios tienen como fundamento resarcir el daño causado por el impago de una cantidad de dinero (equilibrio y restablecimiento de las relaciones entre acreedor y deudor) y se rigen por el principio

rogatorio. Son exigibles desde que el actor/ejecutante acredite fehacientemente un requerimiento de pago extrajudicial o un requerimiento judicial, bien sea el acto de conciliación, o, en su defecto, la fecha de interposición de la demanda (Juzgado Decano).

Los intereses procesales se devengan ope legis, sin necesidad de petición de la parte. El dies a quo será en todo caso el de la fecha de la resolución judicial.

Estos criterios han sido ratificados por el Tribunal Constitucional.

Aplicando esta doctrina jurisprudencial del TS al caso de autos, la parte actora pide en el Suplico de su demanda que se le abonen los intereses legales, es decir, interesa los moratorios. El dies a quo de los moratorios será la reclamación *acreditada* (extrajudicial, o en su defecto judicial) al deudor, es decir, la reclamación efectuada en forma, extrajudicial, con fecha de 15 de febrero de 2.011, dirigida a las servicios centrales de CAJASUR donde la actora interesa la inaplicación de su **cláusula suelo** (doc nº 16), ello, hasta la fecha de interposición de la demanda en el Juzgado Decano que dio lugar a la incoación de este proceso, 27 de julio de 2.011.

#### **OCTAVO.- COSTAS.**

La regla general es que la estimación de la demanda hace que deban imponerse a la parte demandada las costas ( art. 394 LEC ).

La única circunstancia exoneradora de imposición del pago de las costas al litigante vencido es la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.

Según lo establecido en las Sentencias del TS y de la APL, Sección 1ª, de fechas, 9 de junio de 2.006 y 5 de junio de 2.009 , respectivamente, las "serias dudas de hecho o de derecho" que excluyen la expresa imposición de costas a pesar de producirse el vencimiento previsto en el artículo 394, requieren para su apreciación:

1º) Que tales dudas sean fundadas, razonables, basadas en una gran dificultad para determinar, precisar o conocer fuera del proceso judicial la realidad de los hechos fundamento de la pretensión deducida, o aun no habiendo dudas sobre los hechos, los efectos jurídicos de los mismos se presenten dudosos por ser la normativa aplicable susceptible de diversas interpretaciones, o bien en el supuesto de las de derecho, porque exista jurisprudencia contradictoria en casos similares.

2º) Ha de concurrir la "seriedad" de la duda, esto es, la importancia de los hechos sobre los que recae la incertidumbre en orden a decidir la razonabilidad de la pretensión, de manera que no todas las pretensiones razonablemente fundadas impedirán la condena en costas en caso de su desestimación, porque la regla de vencimiento objetivo no es sólo una sanción a la conducta arbitraria o caprichosa del que pretende y es vencido, sino también una regla de protección del sujeto contra el que se dirige la pretensión a no padecer perjuicio económico".

En este caso, tanto la demanda como la contestación a la demanda son anteriores a la STS de 9 de mayo de 2.013 , por lo que se desconocía la posición del Alto Tribunal al respecto. Asimismo, tras el dictado de esta resolución, los pronunciamientos de los tribunales han sido diversos, no existiendo una línea jurisprudencial unificada. Por ello, no procede la imposición de costas. Es justo.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

#### **FALLO**

ESTIMO la demanda interpuesta por AGRÍCOLA MONTE RURAL S.L. frente a CAJASUR , y, en consecuencia:

DECLARO la nulidad, por abusiva, de la condición general de la contratación descrita en la **cláusula** Tercera Bis de la escritura pública de préstamo hipotecario firmada por las partes el día 28 de julio de 2.004 en la Notaría de D. José Gabriel Calvache Martínez.

CONDENO a la entidad demandada a que elimine esa CGC.

CONDENO a CAJASUR a abonar al actor las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de la referida **cláusula suelo** hasta la interposición de la demanda .

CONDENO a CAJASUR a abonar la cantidad resultante tras realizar los cálculos necesarios que determinen lo que se tendría que haber abonado sin la **cláusula suelo**, hasta el dictado de la sentencia .



CONDENO a CAJASUR a realizar los cálculos necesarios para proceder a la devolución de las cantidades reclamadas.

Dichas cantidades devengarán el *interés legal del dinero desde* la reclamación efectuada en forma, extrajudicial, con fecha de *15 de febrero de 2.011*, dirigida a los servicios centrales de CAJASUR donde la actora interesa la inaplicación de su **cláusula suelo** (doc nº 16), ello, hasta la fecha de interposición de la demanda en el Juzgado Decano que dio lugar a la incoación de este proceso, 27 de julio de 2.011, y *el interés legal incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha del dictado de esta sentencia*.

No se hace expresa imposición de costas debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que puede ser recurrida en Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles a contar desde su notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo; D<sup>a</sup> María Jesús del Pilar Márquez, Magistrada-Juez Titular del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, adscrita al Juzgado de lo **Mercantil** nº 1 de Málaga.

DILIGENCIA.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha al estar celebrando SS<sup>a</sup> audiencia pública, de lo que yo, el Secretario Judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ