



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

NOTIFICADO 16/11/17

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CÓRDOBA

CIUDAD DE LA JUSTICIA DE CÓRDOBA - C/ Isla Mallorca, s/n - Bloque B - Planta cuarta

Tlf: 671535222/23/24/25/26/27/28/29/30/31, Fax: 957354144

Número de Identificación General: 1402142M20150000169

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 168/2015. Negociado: A2

SENTENCIA Nº 541/17

En Córdoba, a 10 de noviembre de 2017.

Vistos por mí, D.ª M.ª Victoria Fernández de Molina Tirado, Magistrada de adscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla destinada en calidad de refuerzo en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Córdoba, los autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condición general de la contratación, bajo el número 168/2015 que se han seguido ante este Juzgado, a instancia de D. ANDRÉS CAMPOS MARÍN representado por la Procuradora D.ª M.ª José Luque Escribano y asistido por el Letrado D. Agustín Pator Juárez frente a la entidad BANCO MARE NOSTRUM S.A., representada por la Procuradora D.ª Míriam Martón Guillén y asistida por el letrado D. Fernando Mir Gómez sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. ANDRÉS CAMPOS MARÍN presentó demanda de juicio ordinario sobre declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad frente a la entidad BANCO MARE NOSTRUM S.A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso, solicitaba una sentencia por la que, declare la nulidad de la condición general de la contratación contenida en los préstamos con garantía hipotecaria celebrado entre las partes que establece un límite a la variación del tipo de interés aplicable, con condena al pago de las costas.

SEGUNDO.- Por Decreto, se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la demandada para contestación.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a ambas partes para la celebración de la audiencia previa.

CUARTO.- El día señalado se celebró la audiencia con el resultado que obra en autos.

No llegando a ningún acuerdo tras ser exhortados a ello por este Juzgado, la parte actora manifestó que expresamente se reservaba la acción para reclamar la devolución de lo indebidamente pagado como consecuencia de las disconformidad y conformidad y se procedió a proponer los medios de prueba, proponiéndose y admitiéndose la documental, interrogatorio de parte y testifical, señalándose día para la celebración de vista.



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	1/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



QUINTO.- En el día señalado se celebró la vista con asistencia de todas partes. Practicada la prueba y formuladas conclusiones, se declararon los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita una acción de nulidad de condiciones generales de la contratación al amparo del art 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 y en el art 80.2 del TR de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 16 de noviembre de 2007.

Alega en esencia la parte actora que en su condición de consumidor el 12 de mayo de 2009 celebró una contrato de compraventa con un entidad promotora subrogándose en el préstamo hipotecario concedido a la promotora por CAJA DE GRANADA (actualmente Barco Mare Nostum) por importe de 196.497,92 euros (protocolo 1380) que incluyó una clausula limitativa del tipo de interés variable de 3,50 % como mínimo y 14 % como máximo; que ese mismo día formalizó otro préstamo para pagar parte del precio de la vivienda por importe de 70.000€ (n.º de protocolo 1379, en el cual se incluyó una clausula limitativa del tipo de interés variable de 4,50 % como mínimo y 14 % como máximo ; finalmente ese mismo días se formalizó una escritura de de novación de préstamo hipotecario (protocolo 1381) , Que se trata de condiciones generales de ella contratación, incluidas sin negociación, que son abusivas porque en perjuicio del consumidor y en contra de la buena fe ocasionan un desequilibrio entre las prestaciones de las partes.

Que el actor presentó reclamación a la entidad bancaria instando que se dejase sin efecto las condiciones generales impugnadas, a la que se hizo caso omiso.

La parte demandada, , se opuso a la demanda presentada de contrario, pidiendo el dictado de una sentencia desestimadora de la misma, alegando en esencia que; que el actor tenía conocimiento de la cláusula por cuanto la entidad promotora a la que incumbía la obligación de informar le explicó todas las condiciones del préstamo, además fue negociada individualmente con él como se deduce del hecho de que se trata de una novación del préstamo promotor, que la cláusula suelo es lícita en si misma, que no susceptible de control de abusividad, alegando que la entidad bancaria cumplió con los deberes de información sin que la cláusula sea desproporcionada en atención a los niveles del tipo de referencia vigentes.

SEGUNDO.- REGIMEN JURÍDICO.- En relación a la acción de nulidad ejercitada, tiene especial trascendencia delimitar el régimen jurídico aplicable, en función de si se trata de contratos celebrados entre un consumidor y un empresario, o de contratos celebrados entre empresarios.

En este sentido, resulta oportuno reproducir parte de la ST de la AP de Pontevedra3 de diciembre de 2015 , que con citas de las de 29 de noviembre de 2013 , 18 de junio de 2014 y 8 de octubre de 2014 , o el Auto de 25 de junio de 2014 de se indica



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	2/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



" Como es bien sabido, desde los años setenta del pasado siglo se fue abriendo paso en Europa el control del contenido de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía menoscabada por la inclusión de contenidos abusivos por la parte más fuerte de la relación jurídica, especialmente en contratos de adhesión, consustanciales al proceso de estandarización contractual consecuencia del tráfico jurídico en masa de bienes y servicios.

Tal forma de legislar suponía una quiebra con los postulados del Derecho contractual plasmado en los textos de la época codificadora, reflejo de la mentalidad liberal que los inspiró, por lo que la tarea de implantar formas de control sobre el resultado de la autonomía negocial no resultaba sencilla. Se trataba, en general, de operar sobre dos ámbitos: la información suministrada al adherente y en establecer la ineficacia de las estipulaciones abusivas. En el contexto de la entonces Comunidad Económica Europa se tomó conciencia de que la publicación de normas divergentes en los Estados miembros comprometía los efectos del mercado único, al representar claramente un obstáculo para su desarrollo, por lo que resultaba imperativo la unificación normativa. En este estado de cosas se publicó la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril (la Directiva, en adelante) cuyo inicial propósito, -quizás superado por recientes interpretaciones jurisprudenciales-, era el de aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A tal fin, en su art. 3 , la Directiva define como "abusivas" las cláusulas contractuales no negociadas individualmente "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 deriven del contrato", añadiendo en su apartado 2 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.

Nos parece también que es compartido por la comunidad jurídica que la Directiva, siguiendo el precedente marcado por las legislaciones italiana y alemana, introdujo un control de inclusión y un control de contenido. El primero (art. 5) alude a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, estableciendo que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. El control de contenido, por su parte, (arts. 2, 3, 4 y 6) afecta a la validez intrínseca de la cláusula, definiendo su carácter abusivo, y se añade que podrán tener tal carácter las cláusulas contenidas en su anexo, que actúa a modo de "lista gris", permitiendo que los Estados introduzcan "listas negras" de cláusulas abusivas.

La opción seguida por el legislador español a la hora de transponer la Directiva fue doble, promulgándose una ley de condiciones generales de la contratación y, al propio tiempo, intensificándose el control mediante la introducción de unas normas específicas sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, modificando en su Disposición Adicional Primera la entonces vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios . Ello ha obligado en nuestro ordenamiento a diferenciar entre condición general de contratación y cláusula abusiva, tal como propone la Exposición de Motivos de la LCG.

En el marco de este último texto legal ha de distinguirse, prima facie, de forma paralela a lo establecido en la Directiva, entre un control de incorporación y un control de contenido:

a) el control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



incide en la formación del consentimiento; el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato (arts. 5 y 7 LCG: información, transparencia, claridad, concreción y sencillez; regla contra proferentem; nulidad de las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles); sobre este control de incorporación se superpone un control adicional de transparencia, pero solo en relación con los contratos con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 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 , TR en adelante).

b) el control de contenido afecta al significado de cada estipulación contractual de un contrato correctamente formado. De conformidad con lo dispuesto en el art. 8 LCG, "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", hoy 82 y ss. del TR.

En su consecuencia, la técnica del control de contenido fuerza a una tarea de depuración del contrato que comienza por eliminar la cláusula abusiva , y que continúa con la exigencia de una labor judicial activa de integración del contenido contractual, como alternativa a la inviabilidad del contrato, si aquella no pudiera llevarse a cabo. De la misma forma, el TJUE ha declarado, tras la sentencia BANESTO, que se opone al Derecho comunitario la norma nacional que faculta al juez a moderar el contenido de la cláusula declarada abusiva; el efecto del control ha de ser la expulsión pura y simple de la cláusula en cuestión (vid, sentencia BANESTO, TJUE 14 de junio de 2012 -Asunto C-618/10 -, que afirma: "El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del 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 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva).

Por tanto, y al margen de las críticas doctrinales o de consideraciones de lege ferenda, en el ordenamiento español vigente las técnicas de control de contenido por abusividad de las cláusulas se limitan a los contratos en los que intervenga un consumidor. Debe precisarse, en este sentido, que "consumidor", a efectos de la normativa interna y a diferencia de la Directiva, lo son las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Por tanto, sería posible utilizar la técnica del control de contenido por abusividad en los casos de relaciones entre profesionales cuando los adherentes adquieran bienes que no se relacionen directamente con su proceso productivo o con el giro o tráfico de su actividad. De este modo, si el sujeto actúa en "función empresarial", por reducido que pueda ser su ámbito frente al predisponente, quedaría fuera de la protección legal. Es esto lo que, como se verá, sucede en el presente caso.



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	4/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



Existen otras diferencias conceptuales entre el control de inclusión y el control de contenido que resultan de interés en el supuesto sometido a enjuiciamiento, como las partes han subrayado en sus escritos de alegaciones:

a) el control de contenido, en línea de principio, no afecta, en el sistema de la Directiva, (art. 4.2) 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 (vid. STS 18.6.2012). Ello sin perjuicio de que en sectores concretos de la contratación o incluso con carácter general, una legislación nacional pueda extender el control de contenido a estos casos, al tratarse de una directiva de mínimos. (vid. STJUE 3.6.2010). Las cláusulas suelo, en afirmación de la STS 9.5.2013 , forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato. Por tanto, como regla general, no son susceptibles de control de contenido, aunque sí pueden someterse al "doble control de transparencia" que describe el fundamento jurídico undécimo de la sentencia mencionada.

b) sin embargo, el control de incorporación o de transparencia tiene sentido precisamente respecto de estos elementos esenciales, principales o básicos del contrato. Sobre esto se pronuncia extensamente, se repite, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013 (párrafos 205-215).

En consecuencia, el control de incorporación o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, no sólo a aquéllos en los que intervengan consumidores; el control de transparencia afecta a los contratos con consumidores, y ambos pueden afectar a las cláusulas que definen elementos esenciales del contrato; y el control de contenido no puede afectar a los elementos esenciales del contrato y desde la perspectiva del análisis de la abusividad de las cláusulas solo resulta aplicable a contratos en los que intervengan consumidores, tengan o no condiciones generales ."

La primera conclusión que se desprende de lo expuesto es que, como sostiene la sentencia de instancia, hay que examinar cuál es el elemento subjetivo de la relación contractual: en función de que estemos ante un contrato entre empresarios o entre un empresario y un consumidor o usuario, la normativa y los controles a aplicar son distintos:

- en el caso de contratos entre un profesional y un consumidor, es de aplicación tanto la Directiva 93/13, de 5 de abril, como la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de forma que

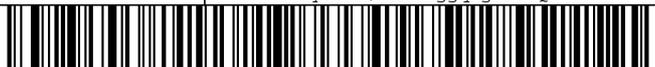
o tratándose de cláusulas que no se refieran al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio o retribución, de un lado, y el bien o servicio que se proporciona como contrapartida, despliegan todos sus efectos los controles de incorporación, transparencia y contenido;

o tratándose de cláusulas referidas al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio, están sujetas a los controles de incorporación y transparencia, y solo en el



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	5/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/)



caso de que no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible en esa doble acepción, quedarán sujetas al control de contenido.

- en el caso de contratos entre profesionales, las normas aplicables son los arts. 5 , 7 y 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre el control de incorporación y el límite de las normas imperativas y prohibitivas, y las disposiciones generales de la contratación del Código Civil, incluyendo la posible vulneración de principios contractuales como la buena fe o el equilibrio de prestaciones.”

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que: «[l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores».

En este sentido, la reciente sentencia del Pleno del del TS 367/2016 de 3 de junio de 2016 en su fundamento de derecho insiste en esta diferencia de trato al decir “CUARTO.- Improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.

1.- La recurrente, consciente de las limitaciones antes indicadas relativas a la improcedencia de un control de abusividad respecto de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, postula que í pueden someterse a lo que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre).

Como recordamos en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 138/2015, de 24 de marzo, que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como



Código Seguro de verificación:vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	6/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

Por tanto, para situar correctamente los términos del debate es preciso, pues, aclarar el elemento subjetivo del contrato (si estamos o no ante consumidores) y la naturaleza de la cláusula discutida (si conforma o no una condición general de la contratación).

TERCERO.-CUALIDAD DE CONSUMIDOR

Como expone la ST de la AP de Pontevedra de 6-4-16 “ *El concepto de consumidor en la normativa vigente en España, a los efectos que ahora ocupan, se encuentra recogido en el art. 3 del 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 . Allí se expresa que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las*



Código Seguro de verificación:vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión ".

En el caso de autos no es un hecho controvertido que el demandante actuase como consumidor y con la finalidad de financiar el precio de compra de una vivienda.

CUARTO.- CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

Resuelto lo anterior, procede analizar si estamos en presencia de una condición general de la contratación para lo que deben concurrir cuatro requisitos (y así se recoge en la STS 9/05/2013):

- 1º Contractualidad, esto es, que la inserción de la cláusula en el contrato no sea consecuencia del acatamiento de una norma imperativa.
- 2º Predisposición (en el sentido de cláusula prerradactada)
- 3º Imposición por una de las partes.
- 4º Utilización en una pluralidad de contratos.

Al respecto, la STS de 9 de mayo de 2013 citada que vino a decir que:

- a) El hecho de que se refieran - las cláusulas suelo - al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.
- b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.
- c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

Concluyendo que: "a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

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.



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



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".Se debe de tener en cuenta no se trata de determinar si la prestataria conocía la cláusula, sino si se negoció, o se tuvo la posibilidad de negociarla, y a tales efectos hemos de traer a colación el último inciso del art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba", la utilización del adverbio plenamente no deja lugar a dudas tanto respecto a quién corresponde la carga de la prueba, como el carácter indiscutible y tajante de la imposición de tal carga.

En el caso de autos, tenemos de partir del hecho de que existen tres escrituras públicas otorgadas de forma sucesiva el mismo día (12 de mayo de 2009), la primera una escritura prestamos hipotecario que incluía una clausula suelo/techo 4,50-14 % (protocolo 1379), la segunda (protocolo 1380) de compraventa y subrogación hipotecaria, en la intervienen el demandante y la entidad promotora Prodevi Córdoba S.L." que actúan como comprador/subrogante y vendedora respectivamente, en virtud de la cual el actor compró una vivienda y para el pago del precio se subrogó en el préstamo con garantía hipotecaria concedido por la demandada a la promotora y en la que, para el caso de subrogación se preveía tres opciones: 1) interés variable resultante de adicionar al tipo de referencia IRPH Cajas un diferencial 0,25 % con unos toes mínimos y máximo del 3,75-14 %; 2) variable resultante de adicionar al Euribor un diferencias del 1 % , con los mismos límites que el anterior y 3) variable resultante de adicionar al Euribor un diferencia del 1,50 % sin límites mínimo ni máximo.

En dicha escritura el demandante no optó expresamente por ninguna de estas opciones, si bien acto seguido se formalizó una escritura de novación hipotecaria en la que se fijó un entres variable resultante de adicionar al Euribor un diferencial de 1 punto, que podría rebajarse en 0,5 puntos mediante la contratación de una serie de productos adicionales, si bien se incluía una clausula de limitación a la variabilidad del tipo de interés con el siguiente tenor literal "...en cualquier caso, y a partir de la primera revisión, la Caja tendrá derecho a exigir y la parte prestataria vendrá obligada a satisfacer intereses, como **mínimo**, al tipo del **tres con cincuenta por ciento nominal anual** y un **máximo** del catorce **por ciento nominal anual** , cualquiera que sea la variación que se produzca".

Ambas cláusulas revisten la consideración de condición general de la contratación.

En efecto, en cuanto a la prerredacción y la finalidad de ser destinada a una pluralidad de contrato, se infiere porque como consecuencia de la resolución de cientos de procedimiento semejante al que no ocupa (conocimiento derivado de la experiencia) , esta Juzgadora constata que las cláusulas tiene una redacción idéntica o similar a la de muchos contratos celebrados por la demandada, hasta el punto que nuestra propia Audiencia Provincial refiere que estamos ante un hecho notorio.

En cuanto a la imposición y ausencia de negociación individual, que es realmente lo que es objeto de discusión, debe de partirse del hecho de que término negociar lleva implícita la facultad de intervenir en el diseño del contenido del contrato, en los términos del mismo, en la inclusión o no de sus cláusulas, en la literalidad de las mismas; supone poder contra ofertar, acercar posiciones en el libre juego de oferta y demanda y materializar por escrito la



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	9/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==



libre voluntad de las partes contratantes, así en cuanto a la imposición y ausencia de negociación individual, en este caso, frente a lo afirmado por la demandante que sostiene que ni ni siquiera le informaron de la inclusión de las cláusulas, lo que “per se” implicaría imposibilidad de negociación, la entidad demandada, -pese a la facilidad probatoria que disponía para tratar de acreditar que en efecto si hubo unos tratos negociales y que el cliente tuvo oportunidad real de decidir sobre el contenido del contrato y las cláusulas en cuestión, pudiendo incluso rehusar y evitar su incorporación al contrato-, no ha practicado prueba suficiente para desvirtuar esta afirmación, puesto que la testifical del empleado, la misma dada la vinculación laboral con la parte demandada, aparece viciada de parcialidad subjetiva, lo que le resta valor probatorio, hasta el punto que su testimonio no debe tener sino el mismo valor que el interrogatorio de parte demandante y además no se ha aportando el expediente interno de las operaciones, que contenga mails u otros documentos demostrativos de conversaciones previas, tratos prenegociales, información de la distintas posibilidades de contratación, etc. y que denote la posibilidad en efecto de decidir sobre la inclusión o exclusión de las concretas cláusulas impugnadas por lo que aplicando las normas del art 217 de la LEC, cabe concluirse que no ha quedado probado la existencia de negociación, por lo que debe afirmarse que en efecto estamos ante condiciones generales de la contratación. A ello cabe añadir que que se trata de condiciones generales de la contratación es un hecho implícitamente reconocido por la propia demandada, puesto que presentarla demanda ante este Juzgado de lo Mercantil al amparo del art 86 ter de la LOPJ y no formalizar declinatoria por falta de competencia objetiva, aceptó implícitamente que estamos en presencia de condicionales generales de la contratación.

QUINTO.- Por otra parte, sostiene la parte demandada que no puede entrarse en el control de su abusividad porque se refieren al precio y, por tanto, al objeto principal del contrato. Sin embargo, la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013, en sus F.J. 184 a 190, analiza de forma pormenorizada esta cuestión y llega a la conclusión de que las cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable, de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad, señalando al respecto en su F.J. 196: " a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

En este sentido, la reciente sentencia de TS de 29 de abril de 2015 establece, siguiendo la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y regula un elemento esencial del contrato y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas.

SEXTO.-Resuelto lo anterior, la principal cuestión controvertida es las cláusulas en cuestión superan el doble control de incorporación y transparencia exigido jurisprudencialmente. En este sentido, la reciente sentencia de TS de 29 de abril de 2015 establece, siguiendo la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y regula un elemento esencial del contrato y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas.



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	10/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



Así pues, al encontrarnos ante una condición general, tenemos que analizar si su incorporación se llevó a cabo en los términos previstos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación . Para ello vamos a seguir lo dispuesto en la sentencia 85/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Oviedo, de 23 de junio de 2014 .

Una forma de superar el control de la incorporación de la cláusula en los términos previstos en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998 es, según el f. 202 de la STS de 9 de mayo , el cumplimiento de la OM de 5 de mayo de 1994 que ("(...) garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor").

Siguiendo los criterios referidos, en relación al préstamo de 70.000 euros n. ° de protocolo 1379, esta juzgadora entiende que no se cuele el control de inclusión puesto, aunque es cierto que en la escritura se indica que el Notario ha tenido a su vista la oferta vinculante que le ha exhibido la parte prestataria, lo cierto es que al no haberse aportado este documento no podemos acreditar que en la misma se hiciera referencia expresa a la cláusula de acotación del tipo de interés, ni mucho menos que la misma se entregare a los actores con tres días de antelación, además si bien se dice que el Notario hizo las advertencias previstas en la OM de 5-5-94, lo cierto es que omite cualquier referencia a la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés. Además si bien la cláusulas tiene un tenor o una redacción literalmente clara concreta y sencilla, lo cierto es que por su ubicación y sus forma, al no estar destacada de modo alguno, podemos concluir que no está suficientemente destacada a fin de facilitar que la cláusula no pase desapercibida y que cualquier consumidor medio pueda captar que se trata de un elemento configurador del precio del contrato.

En relación a la escritura de subrogación, llama poderosa la atención que en la misma se hace referencia a tres opciones en relación al tipo de interés variable, pero sin que el actor escoja expresamente por ninguna, limitándose a subrogarse sin novación alguna, por lo que esta escritura en relación a la clausula impugnada carece de trascendencias. En en la ulterior de novación de esta escritura de subrogación cuando ya se fija específicamente un tipo de interés variable y la consiguiente cláusula de acotación mínima, sin en la misma, sin que en relación a la misma se haya acreditado ni entrega de oferta vinculante o documento análogo, no que se informase de la posibilidad de examinar las esculturas en notaria con tres días de antelación, ni que el notario advirtiere expresamente sobre estos límites, por lo que no se supera el control de inclusión

El control de transparencia debe entenderse en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula suelo le supondrá, tal como señala la citada STS de 25 de febrero de 2015 "no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio " o como señala la STS de 29 de abril de 2015 es preciso que dichas condiciones " sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal clausula le supondrá " y por tanto, concluyen ambas Sentencias " estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	11/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ". En el ámbito de la Unión Europea la citada STJUE de abril de 2014 señala " que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo" y las STJUE 26 de febrero y 23 de abril de 2015 "que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".-

Finalmente no se supera el control de transparencia material o de comprensibilidad que de manera cualificada se exige para las operaciones con consumidores, puesto que no se ha acreditado que, en ninguna de las tres operaciones, se suministrase información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, no se acredita que por la entidad prestamista que haya informado perfectamente a su cliente de forma clara y comprensible la significación de esta limitación a la variabilidad del tipo de interés, ni se ha acreditado el haberse suministrado información por cualquier otra vía del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo hiciera previsible, estuvieran informados de que lo estipulado era un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirían o lo harían de forma imperceptible en su beneficio, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar., ni tampoco o 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, puesto que no se practicado prueba suficiente en tal sentido, puesto que la testifical del banco a juicio de esta Juzgadora carece de pleno valor probatorio por si sola para acreditar este extremo

NO cabe excusarse en que se trató de un subrogación en préstamo promotor y que la obligación de información incumbía a éste, puesto que en el caso de autos basta ver la fecha de ambas escrituras y su n.º de protocolo, para deducir que ambas se otorgaron simultáneamente y que un representante del banco estuvo presente en todo momento. Además el hecho de la entidad prestamista tenga que consentir, aunque sea tácitamente la subrogación, no le libera de la obligación de actuar diligentemente y de informar al consumidor subrogante en los términos exigidos jurisprudencialmente y con independencia de la obligación de información que pesa sobre la entidad promotora, cuyo cumplimiento



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



tampoco se ha acreditado en este caso, por otro lado. Así basta recordar la ST dela AP de Pontevedra que razona: “aunque se trate de un subrogación en un préstamo a promotor, el banco no puede alegar que no le incumbe el deber de informar, puesto que *tan peregrino argumento no puede prosperar, pues como es bien sabido para que exista subrogación debe mediar el consentimiento de la entidad prestamista, subrogándose los nuevos deudores en la posición del antiguo deudor, y quedando circunscrita la relación contractual entre el nuevo deudor y el acreedor, por lo que este deudor, en tanto que ocupa la posición de aquel, con todos sus derechos y obligaciones, debe ser informado de todas las consecuencias y efectos que la relación contractual va a desplegar para él, y dentro de las obligaciones del banco lo está, sin duda, exponerle las condiciones del contrato, que no hizo.*

Finamente en cuanto a la novación efectuada en 2011 en documento privado, dado que la inicial cláusula suelo es nula pleno derecho, al tratarse de nulidad plena, no de mera anulabilidad, la estipulación no es susceptible de convalidación, ni es posible hablar de verdadera novación que en todo caso estaría afectada por la misma causa de nulidad. *Hay que indicar que nos encontramos ante una cuestión que ya ha sido resuelta por la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, en su sentencia de 31 de octubre de 2013, en la que desestima dicha argumentación: “CUARTO.- En relación con el control individualizado de la inserción en los contratos de las respectivas cláusulas, la entidad bancaria apelante viene a afirmar que como en varios de los casos se produjeron renegociaciones posteriores que dieron lugar a una disminución de los topes mínimos, no puede hablarse de falta de transparencia, por cuanto los consumidores afectados serían plenamente conscientes de la existencia y efectos de tales cláusulas, como demuestra que solicitaran su renegociación y nueva configuración a la baja. A tal efecto, hemos de decir que tales ajustes posteriores no tuvieron que ver con que las cláusulas fueran originariamente transparentes, sino antes al contrario, precisamente porque no lo eran y su aplicación resultó sorpresiva para los prestatarios, una vez que éstos fueron conscientes de que sus contratos no tenían un tipo de interés realmente variable, sino únicamente un tipo mínimo fijo solamente variable al alza, y en un marco social y económico de gran contestación a estas condiciones generales de la contratación, que fue la verdadera fuente de información por la que los consumidores llegan al conocimiento de la repercusión de estas cláusulas, la entidad, acuciada por las reclamaciones de sus clientes, accede a una bajada del suelo, pero siempre manteniendo un tope mínimo. Además, como ha dicho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de septiembre de 2013 en relación con estas modificaciones puntuales de los contratos, los acuerdos de modificación del tipo de interés mínimo de los préstamos hipotecarios a interés variable en nada afectan a la transparencia de la cláusula que fija dicho límite de interés mínimo, no solo porque el déficit de información al cliente ya estaba en el contrato original, sino porque la modificación no es sino consecuencia de la previa imposición por parte de la entidad financiera de la cláusula no transparente.”*

En este mismo sentido se pronuncian para un supuesto similar al que nos ocupa: la AP de Cáceres, en S. de 04.03.2014, rec. 52/2014 , F.D. 5º establece: "En cuanto a la supuesta confirmación de la cláusula por su novación a tenor del artículo 1309 del Código Civil , debemos desestimar el motivo de apelación. Alega el apelante que estando en este caso ante una cláusula anulable, no meramente nula, puede operar la confirmación. Sostiene la infracción de los artículos 1.309 y 1.310 del Código Civil por cuanto la validez de la cláusula ha sido confirmada por los actos propios de los demandantes, novación de la cláusula. Qué mayor prueba de querer confirmar la cláusula, que su negociación hasta la obtención de su reducción. Este motivo tampoco puede prosperar, porque la cláusula es nula y no



Código Seguro de verificación: [vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==). 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	13/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



[vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==](https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==)



simplemente anulable, y en esos casos no cabe confirmación".

Desde otra perspectiva, la misma A.P. en S. de 14.01.2014, rec. 420/2013, señala: "Y estas mismas consideraciones acerca de la falta de transparencia pueden aplicarse a los acuerdos de modificación posteriores; si entendemos la transparencia como información, incluidas si es preciso simulaciones acerca de determinados y variados escenarios en cuanto a tipos de interés, que realmente permita al prestatario llegar a saber hasta dónde puede beneficiarle y perjudicarle la aplicación de la cláusula discutida, de manera que, conocidas las reales consecuencias que, en su concreto cuadro de amortización, tiene la referida cláusula suelo, no podemos sino concluir, como hace la juzgadora de instancia, que tampoco se ha probado que fuera la transparencia la que presidiera la firma de los acuerdos posteriores, que más bien fueron redactados y aceptados por la entidad financiera como un "mal menor", asumido en cualquier caso antes de eliminar la cláusula original".

Finalmente, tampoco puede escudarse la entidad de crédito demandada, en cuanto a las exigencias del papel de información sobre el contenido del contrato, al papel que desempeña el Notario en el otorgamiento de la escritura pública que recoge el negocio jurídico. Hay que desestimar esta pretensión en varias razones. Por un lado tenemos que el cumplimiento del deber de transparencia e información incumbe directamente a la entidad de crédito sin que puede delegarse en cualquier elemento o persona ajena a la entidad y el Notario no mantiene relación laboral o mercantil con la entidad de crédito y cumple las funciones que les viene atribuida por su normativa. Por otro lado, las exigencias del deber de transparencia que hemos expresado con anterioridad no entra dentro de las funciones de asesoramiento que compete al Notario en el momento del otorgamiento de la escritura pública, por lo que no han sido atendidas tales exigencias pese a la intervención del fedatario público.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia.

A la vista de ello debe colegirse como altamente deficiente la información en relación a la cláusula discutida, y con ello, no cumplido el deber de transparencia, lo cual impone declarar su nulidad de pleno derecho.

SÉPTIMO.--CONSECUENCIAS

Por último, en cuanto a las consecuencias de la nulidad declarada, aparte de la eliminación de la cláusula del préstamo visto que la parte actora ha efectuado en acto de Audiencia Previa expresa reserva de acciones para reclamar cantidades no ha lugar a emitir pronunciamiento al respecto.

ÚLTIMO - De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación de la demanda, procede condenar a la parte demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento,

FALLO

Que DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda inicial de D. ANDRÉS CAMPOS MARÍN estos autos deducida por contra la entidad BANCO MARE NOSTRUM S.A. ,y consecuentemente:

- DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de pleno derecho de la cláusula que



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3z1ggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	vyaunA/Wn3z1ggqRgr95rQ==	PÁGINA 14/15
 vyaunA/Wn3z1ggqRgr95rQ==			



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

establece un límite a la variabilidad del tipo interés mínimo y máximo en el préstamo con garantía Hipotecaria contenida en las escrituras de 12 de mayo de 2009 con n.º de protocolo 1379, 1380 y 1381

- DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a eliminar dichas cláusulas

Se condena a la parte demandada al pago de las costas de este juicio.

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que contra ella pueden interponer ante este juzgado en el plazo de veinte días recurso de apelación en ambos efectos para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo: D.ª Mª VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO, Magistrada-Juez de Adscripción Territorial destinada en calidad de refuerzo en el Juzgado mercantil n.º 1 de Córdoba.



Código Seguro de verificación: vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==. 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	ELENA COLORADO GAMEZ 14/11/2017 13:27:32	FECHA	15/11/2017
	MARIA VICTORIA FERNANDEZ DE MOLINA TIRADO 15/11/2017 10:52:49		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	15/15
	vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==		



vyaunA/Wn3zlggqRgr95rQ==