



**SENTENCIA Nº 149/2018**

En Córdoba, a 4 de mayo de 2018.

Vistos por D. FELIPE PEREZ CASTILLO, Magistrado-Juez adscrito al Juzgado de Primera Instancia número 9 de Córdoba, los presentes autos de procedimiento Ordinario 167/2017, en ejercicio de la acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación, seguidos en este Juzgado entre [REDACTED], representada por la procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Carmen Gómez Gutiérrez, contra BANCO MARE NOSTRUM S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED], de los que resultan los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones tuvieron inicio por demanda de juicio ordinario de 20 de junio de 2017, en la que la parte actora indicó ejercitar la acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativa a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (cláusula suelo), con devolución de cantidades y demás efectos inherentes a dicha declaración, en relación con la escritura compraventa y subrogación de hipoteca suscrita por las partes el 8 de junio de 2011 (mediante la que se subrogaban en el préstamo hipotecario suscrito por la promotora y la demandada el 1 de agosto de 2007), solicitando los siguientes pronunciamientos:

1.- *Declare la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés aplicable, cuyo contenido literal es, "El tipo de interés mínimo, en todo caso, será del 3,50 por ciento, y, el máximo de 14,00 por ciento.", manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dichos límites fijados en la escritura y en sus posteriores novaciones, que igualmente deben declararse nulos.*

2.- *Se condene a la entidad bancaria a devolver al cliente las cantidades que se hubieran cobrado en exceso en virtud de dicha cláusula, más los intereses legales correspondientes.*

*Y todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.*



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 1/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



ADMINISTRACIÓN  
de JUSTICIA

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que en el término de veinte días compareciera asistida de letrado y representada por procurador, y contestara a la demanda en legal forma.

**TERCERO.-** La parte demandada no formuló escrito de contestación a la demanda, si bien posteriormente se personó en el procedimiento.

**CUARTO.-** Se convocó a las partes a la Audiencia Previa en la sala de vistas de éste juzgado. No alcanzaron las partes un acuerdo, y se ratificó la parte demandante en su escrito de demanda. Posteriormente se fijaron los hechos controvertidos, y se solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

Recibido el pleito a prueba, cada parte propuso la prueba que consideró necesaria para acreditar los hechos sobre los que sustentar su pretensión, se procedió a admitir la que se consideró útil y pertinente y señalándose el día para la celebración del juicio.

**QUINTO.-** En la fecha señalada para la celebración del juicio, 19 de abril de 2018, se practicó la prueba admitida y se formularon conclusiones en la forma que resulta del acta videográfica, y se declararon los autos vistos para Sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- PRETENSIONES DE LAS PARTES:**

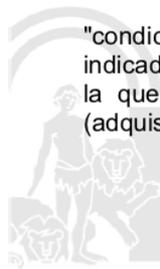
##### a.- Alegaciones de la parte demandante:

La parte actora ejercita una acción individual de nulidad de la condición general de la contratación inserta en un préstamo hipotecario suscrito por la promotora del edificio con la entidad demandada el 1 de agosto de 2007, y en la que se subrogaron la demandante mediante escritura de compraventa y subrogación de 8 de junio de 2011, relativas a la fijación del límite mínimo del tipo de interés variable (Cláusula suelo), con devolución de cantidades y demás efectos legales inherentes a dicha declaración.

Explica en su demanda que, en fecha 8 de junio de 2011, la demandante formalizó con la promotora del edificio una compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario por un importe de 145.000 euros, con un tipo de interés variable de EURIBOR + 1,00%. Señala que al subrogarse en la hipoteca suscrita por la promotora el 1 de agosto de 2007, se incluyó una cláusula suelo o de tipo de interés mínimo del 3,50%. Pero el mismo día de la firma se suscribió entre la demandante y la entidad demandada un acuerdo privado que rebajaba la cláusula suelo al 2,95%.

Posteriormente, el 21 de noviembre de 2013 se firmó un pacto novatorio según el cual hasta hasta noviembre de 2015 se aplicaría un tipo de interés del 2,75%, y luego se suprimiría la cláusula suelo, aplicándose el tipo de interés variable que corresponda sin limitación.

Tras catalogar a su representados como "consumidores", y a las cláusulas como "condiciones generales de la contratación", impugna la validez de las estipulaciones indicadas, pues según manifiesta carecen de conocimientos financieros, que la finalidad a la que iba destinada la hipoteca era ajena a la actividad empresarial o profesional (adquisición de vivienda), y que nunca tuvieron conocimiento de la citada cláusula y de



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 2/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



sus efectos económicos, no habiendo sido negociada individualmente la misma, y no habiendo sido informados por la entidad bancaria ni por el notario de su existencia y repercusión económica, sino que únicamente las negociaciones giraron en torno al capital prestado, plazos de devolución y tipo de interés de las cuotas correspondientes. Que entendieron que el interés era variable, sin imposición de un límite a la baja, y mediante la inserción de la cláusula suelo la relación entre las partes sufría un desequilibrio, pues se realizó sin prestar información alguna al consumidor y con infracción de las normas imperativas de transparencia aplicables.

La aplicación de dicha cláusula ha provocado que la parte actora haya tenido que pagar mensualmente una cantidad superior a la que le habría correspondido abonar de no haber existido aquella.

Por todo ello, la parte actora solicita la nulidad de la cláusula suelo introducida en el contratos de subrogación en el préstamo hipotecario, con su consiguiente eliminación y devolución de las cantidades pagadas de más.

**b.- Alegaciones de la parte demandada:**

La entidad demandada impugna, en primer lugar, la cuantía del procedimiento, pues entiende que no estamos ante un procedimiento de cuantía indeterminada, sino que se debe cuantificar por el valor de la cantidad reclamada.

Y en cuento al fondo, defiende la validez de la cláusula suelo, alegando que facilitó la información pertinente a los actores del tipo de contrato que estaba suscribiendo con la entidad bancaria, del clausulado del mismo, así como de las consecuencias financieras que podría tener dicha cláusula suelo, cumpliendo así, por tanto, con el control de transparencia e inclusión que se exige legalmente en la contratación con consumidores. Niega que se trate de una condición general de la contratación, por haber sido individualmente negociada la cláusula impugnada, por lo que no sería una cláusula predispuesta, ni impuesta, ni oscura, y que no causa desequilibrio entre las partes. Y solicita la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

**SEGUNDO.- HECHOS CONTROVERTIDOS:**

En el presente caso no se discute por las partes la formalización de una de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario el 8 de junio de 2011, mediante la cual se subrogaban en la hipoteca suscrita por la promotora con la entidad demandada el 1 de agosto de 2007, en las que se inserta la cláusula discutida.

Y tampoco es objeto de controversia la condición de consumidor de la parte actora.

Por el contrario, resultan controvertidas las siguientes cuestiones:

- 1.- Si la cláusula cuya nulidad se solicita reúne los requisitos previstos en la Ley de las Condiciones Generales de Contratación.
- 2.- Determinar la nulidad o validez de la Cláusula suelo, así como del pacto novatorio suscrito.
- 3.- En su caso, las consecuencias que se derivarían de la declaración de nulidad de la estipulación.



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 3/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			

**TERCERO.- CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTROVERTIDAS COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN.-**

La entidad demandada no ha discutido la condición de consumidor del demandante, pero si discute que las cláusulas cuya nulidad se solicita reúnan los requisitos previstos en la Ley de las Condiciones Generales de Contratación. No cuestiona que la cláusula controvertida tenga carácter contractual, ni que se trate de una cláusula destinada a ser incluida en una pluralidad de contratos, sino que centra la discrepancia en que tal estipulación no puede ser calificada como condición general de la contratación porque su incorporación al contrato, lejos de ser impuesta por ninguna de las partes, deviene fruto de una negociación precontractual y libremente aceptada con pleno conocimiento de su contenido y efectos.

La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) establece en su artículo 1 que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría, su apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La referida ley es de aplicación a los contratos que contengan dichas condiciones generales y se hayan celebrado entre un profesional o predisponente y una persona física o jurídica o adherente (artículo 2).

Por su parte, en su artículo 5 se exige que hayan sido incorporadas y aceptadas por el adherente y que su redacción sea clara, concreta, sencilla y transparente.

Y el artículo 8 de la LCGC dispone que serán nulas las condiciones generales de la contratación abusivas incorporadas a contratos con consumidores, entendiéndose por abusivas las definidas en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU.

A la luz de esta norma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 4/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



orden a la individualización o singularización del contrato, ya que el art. 1 LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a "una pluralidad de contratos".

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación el artículo y 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU, que establece que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba", y la Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015, que dice que "es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el artículo 9 TRLGDCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (artículo 3.2), como la norma nacional que la desarrolla (artículo 82.2 del TRLGDCU) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19".

En otras palabras, el Tribunal Supremo viene a afirmar que es la entidad bancaria quien tiene la carga de probar que las cláusulas en cuestión han sido negociadas individualmente y que, por tanto, no son condiciones generales de la contratación. Carga de la prueba que en el presente caso no se ha cumplido por la parte demandada, pues en la documentación aportada no consta que el cliente tuviera algún tipo de negociación: oferta, contraoferta o petición del consumidor, consulta al departamento competente de la entidad respuesta aceptando o rechazando las condiciones propuestas por el consumidor, correos electrónicos, intercambio de correspondencia, ....

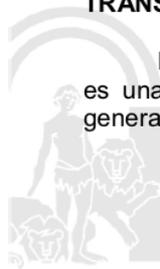
Al contrario, se trata de una cláusula prerredactada, incorporada a una generalidad de contratos, y que viene impuesta por la entidad bancaria, en el sentido de que el adherente únicamente tiene la posibilidad de aceptar o rechazar la cláusula si quiere firmar el contrato de préstamo hipotecario. Pero sin posibilidad de negociar la incorporación o el contenido de la misma.

Por tanto, las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario objeto de controversia deben considerarse condiciones generales de la contratación.

**CUARTO.- NULIDAD O VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS O CLÁUSULA SUELO.-**

**CUARTO.- 1.- CONTROL DE INCORPORACIÓN Y CONTROL DE TRANSPARENCIA.-**

Hay que partir de que la cláusula limitativa a la variación del interés remuneratorio es una cláusula lícita. Sin embargo, en la medida en que se trata de una condición general de la contratación y que el actor es un consumidor que destinaba el capital



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 5/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



prestado a un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, deberá haberse establecido (por el predisponente) con la debida claridad y transparencia, debiendo tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control: de incorporación y de transparencia.

El Tribunal Supremo ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las 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, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio.

Más concretamente, en la **Sentencia 241/2013, de 9 de mayo de 2013**, el Tribunal Supremo trató por primera vez el doble control de transparencia en relación a las cláusulas-suelo que establecen límites a la variación del tipo de interés en contratos de préstamo hipotecario a interés variable suscritos por consumidores, no obstante no ser ninguna novedad el proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios y la consideración de la contratación bajo condiciones generales un modo de contratar diferenciado del paradigma del clásico contrato por negociación. En dicha sentencia el Tribunal Supremo indica que las cláusulas suelo constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, por lo que no cabe, como regla, examinar la abusividad de su contenido por falta de reciprocidad de prestaciones. Pero ello no elimina la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, señalando que deben ser sometidas a un doble control de transparencia.

El primer control que define es el **CONTROL DE INCORPORACIÓN** en el contrato, esto es, el cumplimiento de los requisitos de los artículos 5.5 y 7 de la LCGC. Así, en el análisis del control de incorporación se trata de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC, de manera que no quedaran incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de celebrar el contrato. Salvado el primer filtro, es necesario superar el segundo filtro, ahora positivo, que es el previsto en los artículos 5.5 y 7 de la LCGC, y que consiste en que la redacción de las cláusulas deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

Una forma de superar el primer control es, según el fundamento 202 de la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, el cumplimiento de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 en virtud de la cual se exigía la existencia de una oferta vinculante firmada tres días antes de la firma de la escritura en las hipotecas nuevas con límite de 150.253,03 euros. Indicar que a partir del 8 de diciembre de 2007, según la Ley 41/2007 se debe facilitar la oferta vinculante o documentación análoga a las hipotecas de cualquier importe, sin perjuicio de que la obligación de los tres días sólo se mantiene para las hipotecas con el importe anteriormente indicado. Y dicha normativa se ha modificado por la Orden EHA/2899/2011 que deroga la Orden Ministerial de Mayo de 1994, por lo que a partir del 29 de julio de 2012 deja de ser obligatoria la oferta vinculante, aunque el cliente si puede pedirla.



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 6/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Tras superarse el control de incorporación, debe superarse el denominado **CONTROL DE TRANSPARENCIA REAL**, para poder considerar que la cláusula es válida. No basta con que una cláusula sea clara y comprensible (primer control), sino que es necesario que el consumidor sea informado para la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la **carga económica** que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y, en segundo lugar, 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.

La finalidad de este segundo control no es otra que la de garantizar que el consumidor, cuando celebra el contrato, está en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Es preciso que la información suministrada supere el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Y tal y como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, la superación de este control implica:

- 1.- Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.
- 2.- Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.
- 3.- Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.
- 4.- Que ese tipo de cláusulas no pueden estar "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".
- 5.- Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

El Tribunal Supremo indica unos parámetros para dicho control. Son unos indicios o hechos que de concurrir pueden permitir apreciar esa comprensión real del consumidor de que la cláusula suelo forma parte del precio (elemento esencial del contrato) y su trascendencia económica. Como aclaró el auto de 3 de junio de 2013: *"las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo"*.

Si no se acreditan por la entidad crediticia que se facilitó una información suficientemente clara, precisa y detallada sobre la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo y su alcance, la misma debe reputarse abusiva por poco transparente.



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**CUARTO.- 2.- SUBROGACION EN LA HIPOTECA.-**

El hecho de que nos encontremos ante una subrogación hipotecaria no elimina la obligación informativa del banco que la otorgó y que debe aceptar la subrogación de los nuevos deudores.

Puede citarse al respecto la Sentencia 42/2018, de 26 de enero, del Tribunal Supremo, que establece:

*TERCERO.- Decisión del tribunal. El control de transparencia de las cláusulas suelo en los supuestos de subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al vendedor.*

*1.- La cuestión objeto de este litigio ha sido ya resuelta por este tribunal en sentencias anteriores, como las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre y 24/2018, de 17 de enero.*

*2.- En estas sentencias hemos afirmado:*

*«[...] el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia».*

En semejantes términos la Sentencia 630/2017, de 30 de octubre de la Audiencia Provincial de Córdoba, que establece:

*“Piénsese que el hecho de estar obligado el vendedor (la promotora- vendedora) a dar a los compradores los datos relativos a la escritura de hipoteca, no elimina la obligación informativa del banco que la otorgó y que debe aceptar la subrogación de los nuevos deudores, y ello aunque no intervenga en la escritura que finalmente se firme, ya que la subrogación lleva consigo unos trámites previos a realizar en la oficina bancaria en que el cliente debe ser informado de las condiciones financieras de un préstamo hipotecario que en su día se dio al promotor en sus elementos esenciales, siendo mas exigente el deber de información del Banco cuando se trata de consumidores y de préstamos sobre viviendas. Si la novación subjetiva pasiva exige el consentimiento del acreedor, previo, simultáneo o posterior, expreso o tácito, es claro que su voluntad condiciona la validez y eficacia de la subrogación y, por tanto, en absoluto puede afirmarse que no interviene o que está al margen del mismo, sino que es una parte que, en tal condición, puede y debe respetar las prescripciones legales, entre las que se encuentra el deber de información. ....”*



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 8/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

#### CUARTO.- 3.- EXAMEN DE LA CLÁUSULA SUELO IMPUGNADA.-

Señala que en el préstamo hipotecario suscrito el 1 de agosto de 2007, se insertó una cláusula, a la que también se hace referencia en la escritura de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario suscrito el 8 de junio de 2011, según la cual:

*El tipo de interés mínimo, en todo caso, será del 3,50 por ciento, y, el máximo de 14,00 por ciento.*

Si bien se firmó un documento el mismo día 8 de junio de 2011 por el que se rebajó el interés mínimo al 2,95%.

En cuanto a la cláusula suelo en cuestión se ha de partir, tal y como ya se ha dicho anteriormente, de que constituye una Condición General de la Contratación, pues no se ha podido acreditar que tal cláusula fue negociada entre ambas partes, y cumple con todos los requisitos para ser considerada como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), por lo que le son de aplicación la Directiva 1993/93, y las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLGCU. Para que no se considere una condición general de la contratación la entidad demandada debería haber acreditado la existencia de una negociación, pues es el empresario quien tiene la carga de la prueba de acuerdo con los artículos 82.2 del TRLGCU y el artículo 3.2 de la directiva 93/13. Y en el presente caso la entidad demandada no ha aportado prueba alguna de dicha negociación.

Como establece la STS de 9 de mayo de 2013, es una cláusula referida al objeto principal del contrato pues forma parte inescindible del precio y cumple una función definidora o descriptiva esencial por lo que no puede examinarse la abusividad de su contenido, aunque ello no supone que no quede sometida al doble control de transparencia.

Respecto del control de incorporación, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, que era aplicable a la hipoteca analizada, la cual exige, tal y como ya se ha indicado anteriormente, que el banco entregue al cliente un folleto informativo, le sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras, le sigue la posibilidad de examinar la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento, y por último, la formalización del préstamo en escritura pública. Si se cumplen dichos requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC.

En el caso que nos ocupa no resulta de aplicación la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, al tratarse de una subrogación.

Por lo que debe examinarse si la redacción de la cláusula se ajusta a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Y debe concluirse que si que supera el control de incorporación, pues la cláusula puede entenderse, siendo clara y comprensible para el ciudadano

Pero aunque admitamos que dicha cláusula se incorporó correctamente, la misma debe superar el control de transparencia real para poder considerar que la cláusula es válida. Y para ello hay que analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 9/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



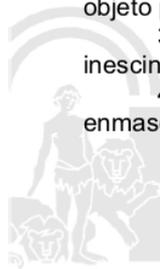
acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba, es decir, si la parte demandante conoció o pudo conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente suponía el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica, esto es, 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.

Pues bien, en el caso de autos la cláusula suelo que se impugna no respeta el control de transparencia en el sentido de que la información que se facilitó no cubre las exigencias positivas de conocimiento real por el consumidor adherente al tiempo de la celebración del contrato, sin que la parte demandada haya aportado otras pruebas que permitan inferir esa transparencia.

La cláusula suelo se inserta en la estipulación dedicada al **TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, sin que se identifique literalmente como "cláusula suelo", dentro de unas extensas escrituras, cuya extensión y el exceso de información innecesaria que conlleva, dificulta la percepción de lo verdaderamente importante, que queda difuminado en el conjunto de la escritura. Por otro lado, la cláusula se ubica en un párrafo aisladamente considerado dentro de una estipulación dedicada al **TIPO DE INTERÉS VARIABLE**, pero en mitad de la misma, lo que le resta toda relevancia documental y visual, llevando al prestatario a fijarse en aspectos secundarios, y ello a pesar de que es un elemento esencial en la medida que afecta directamente a la determinación de dicho interés. A lo que hay que añadir que, según afirmó la demandante, no habló en ningún momento con la entidad bancaria. Según indicó la demandante, trató en todo momento con los representantes de la promotora, y que no conoció al director del banco hasta la firma en la notaría. También indica que el documento por el que se rebajaba el tipo mínimo al 2,95% tuvo que firmarlo en la notaría, porque no recuerda que se le dijese nada de la cláusula suelo.

A mayor abundamiento, no consta oferta vinculante, ni folleto informativo, ni que se realizaran simulaciones de escenarios diversos en relación al comportamiento del tipo de interés, ni que se ofreciera previamente información sobre el coste comparativo de asegurar la variación del tipo de interés en relación con la evolución posible del índice para el periodo al que pudiera contratarse la cobertura, de lo que resulta que, sin perjuicio de que la cláusula, aisladamente considerada, pueda ser clara, lo cierto es que, en el conjunto de datos, normas y cifras que se enumeran en la escritura, no sólo pasa desapercibida sino que queda oscurecida por el resto de estipulaciones, impidiendo que pueda ser percibida por el consumidor como relevante, al tratarse de un elemento que afecta al objeto principal del contrato. A tal respecto, cumple con los criterios indicados por el TS, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, en los que se expresan los indicadores de falta de transparencia de una cláusula incorporada como una condición general de la contratación:

- 1.- La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- 2.- La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- 3.- La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- 4.- Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.



Código Seguro de verificación: Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 10/17



Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



ADMINISTRACIÓN  
de JUSTICIA

5.- La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

6.- Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

7.- La cláusula recibe un tratamiento impropriadamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia

Sobre la parte demandada recae la carga de la prueba y no aporta prueba documental alguna que justifique tales extremos, salvo la escritura pública de préstamo hipotecario, la escritura de novación, y la escritura de compraventa y subrogación, incorporada junto al escrito de demanda, y sin que la parte demandada haya aportado ningún documento, por lo que no sirve para apreciar la existencia efectiva de transparencia en la contratación del préstamo hipotecario, concretamente en lo concerniente a la cláusula suelo objeto de debate.

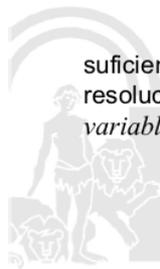
Del interrogatorio de la demandante se desprende que no se habló con la entidad financiera, sino solo con la promotora; y que las condiciones de la firma no las conocieron hasta el momento de la firma de la subrogación, sin que se facilitase explicación complementaria, ni que existía un tipo mínimo del 3,50%, ni la rebaja que también firmó, ni se le entregó información o simulaciones, sino que solo se le informó de la duración del préstamo y del importe aproximado de las cuotas a pagar.

En cuanto a la testifical del [REDACTED], empleado de la entidad demandada, indicó que no recordaba en este caso exactamente su intervención, pero que no había posibilidades de modificación de la hipoteca, y que normalmente informaba de las condiciones del préstamo. Pero no se ha podido acreditar ninguno de dichos extremos, pues no se aporta ningún documento que confirme dichas afirmaciones. Que fuese este el protocolo normal de la entidad demandada no permite que automáticamente se deba entender cumplido en el presente caso, sino que deberá acreditarse que en este caso se hizo de dicha manera. Por lo que no es prueba suficiente para acreditar la existencia efectiva de transparencia en la contratación.

En parecidos términos declaró la [REDACTED], también empleada de la parte demandada. Pero lo que si indicó fue que la rebaja al 2,95% del tipo mínimo se le ofrecía a todos los clientes. Y que el pacto por el que se eliminó la cláusula suelo el 21 de noviembre de 2013 se ofreció también a una mayoría de clientes.

Respecto de la intervención de notario, la STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015 sintetiza el criterio de la Sala del Tribunal Supremo en esta cuestión, con remisión a la STS 464/2014, y añade que en la medida que la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, por lo que si la información previa era errónea la función del notario poco puede aportar para superar el doble control de transparencia.

Igualmente, concurre el criterio señalado por el TS en su Auto de 3 de junio como suficiente para concluir que la cláusula es abusiva. Señala el Alto Tribunal en esta resolución, que *"la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a*



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 11/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==

*corto o medio plazo lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, o en uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito".*

En consecuencia, **la cláusula suelo del presente procedimiento es una condición general de la contratación que no supera el control de transparencia.**

Una vez concluida que la cláusula suelo examinada no cumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe analizarse si es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Y debe concluirse también que la cláusula suelo es una cláusula abusiva, pues frustra la expectativa del consumidor insita en la contratación de un interés variable, del abaratamiento del préstamo como consecuencia precisamente de la minoración del tipo de interés pactado como "variable", pues cuando la coyuntura es más favorable para el consumidor la cláusula suelo la excluye y convierte el tipo contratado, nominalmente variable al alza y a la baja, en un tipo variable exclusivamente al alza, acotándolo igualmente en este sentido mediante una limitación de tal variación al alza.

Por todo lo anterior, dado que no existió transparencia, y que la cláusula es abusiva tiene sanción de nulidad de acuerdo con el artículo 83 del TRLGDCU, **La resolución de las pretensiones de la parte actora no puede ser sino estimatoria, por lo que procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo hipotecario cuya firma tuvo lugar el día 1 de agosto de 2007, y en el que se subrogó la demandante en virtud de escritura de compraventa y subrogación de 8 de junio de 2011,** con las consecuencias jurídicas y económicas que analizaremos a continuación.

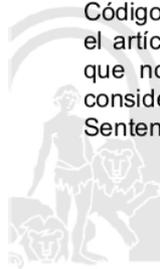
#### **CUARTO.- 4.- EXAMEN DEL PACTO DE NOVACIÓN.-**

Las partes suscribieron un pacto novatorio el 21 de noviembre de 2013, mediante el que se aplicaba un tipo del 2,75% hasta noviembre de 2015, y posteriormente se suprimiría la cláusula suelo, aplicándose el tipo de interés variable que corresponda sin limitación.

La parte demandante solicita la nulidad de dicho pacto novatorio, pues no se le facilitó información que le permitiese comprender exactamente en que consistía la cláusula suelo y sus consecuencias, ni en que consistía dicha modificación.

Y alega la parte demandada que dicho contrato privado de novación que modificó el tipo mínimo aplicable cumple los requisitos de transparencia, y que subsanaría o convalidaría la cláusula suelo del préstamo hipotecario, y en el que además la parte actora renuncia a las acciones que le pudieran corresponder.

Ha de indicarse que siendo nula de pleno derecho la cláusula suelo incorporada en la escritura inicial del préstamo hipotecario por las razones expuestas en el apartado anterior, tal nulidad impide la confirmación o convalidación posterior de dicha cláusula en el contrato de novación mencionado, toda vez que de acuerdo con el artículo 1310 del Código Civil solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos contenidos en el artículo 1261 del Código civil, es decir, los contratos anulables. De lo que se deduce que no podrán ser confirmadas cláusulas que sean nulas de pleno derecho. Así lo considera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las Sentencias de 11 de diciembre de 1986 y 21 de enero de 2000, según las cuales la



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	12/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



confirmación solo opera respecto a negocios jurídicos cuyo vicio no impide su existencia y la convalidación tiende a sanearlos con efectos retroactivos.

La Sentencia del Tribunal Supremo 558/2017, de 16 de octubre sintetiza el criterio de la Sala del Tribunal Supremo en esta cuestión al establecer:

3.- *Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.*

4.- *Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor.*

.....  
Este Tribunal Supremo ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, párrafos 110 y siguientes, declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales.

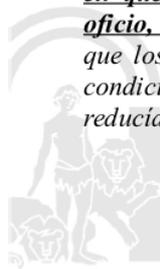
5.- *Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan).*

6.- *La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada.*

7.- *El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil, en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».*

*En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.*

Esta jurisprudencia ha sido posteriormente matizada por la Sentencia del Tribunal Supremo 205/2018, de 11 de abril, al establecer que, en el caso examinado, no se trata de un pacto novatorio, sino de un acuerdo transaccional, al existir concesiones recíprocas de las partes, y que no existe obstáculo para admitir una transacción en esta materia aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia fuese declarada nula por falta de transparencia siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico. Pero añade dicha sentencia: **«Ahora bien, por el modo predisuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se redujera el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las**



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 13/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



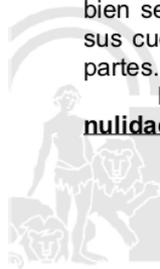
cláusulas suelo contenidas en el contrato originario". Por lo que en todo caso el pacto novatorio debe superar el control de transparencia, y que los clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaba.

Al analizar el pacto novatorio se ha de partir de que constituye una Condición General de la Contratación, pues no se ha podido acreditar que tal pacto fuese negociado entre ambas partes, y cumple con todos los requisitos para ser considerada como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), por lo que le son de aplicación la Directiva 1993/93, y las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLGCU. Para que no se considere una condición general de la contratación la entidad demandada debería haber acreditado la existencia de una negociación, pues es el empresario quien tiene la carga de la prueba de acuerdo con los artículos 82.2 del TRLGCU y el artículo 3.2 de la directiva 93/13. Y en el presente caso la entidad demandada no ha aportado prueba alguna de dicha negociación. El demandante afirmó que le llamaron de la entidad para ofrecerle quitarle la cláusula suelo, y que le bajaría la cuota. La declaración de la Sra. García, empleada de la entidad, confirmó que este pacto se ofreció a una mayoría de clientes. Por lo que no existió negociación.

Y como el contrato privado de novación debe ser considerado una condición general de la contratación, y al ser la parte actora un consumidor, debe acreditar el predisponente (en este caso la entidad demandada) que se ha establecido con la debida claridad y transparencia, debiendo tales cláusulas superar dos niveles diferentes de control: de incorporación y de transparencia. Y debe concluirse que al contrato privado le es aplicable todas las argumentaciones contenidas en el apartado CUARTO.-3 de la presente sentencia, que no reiteraremos, por lo que **no supera el control de transparencia**, y además es abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. En la declaración del demandante quedó claro que firmó porque de esa forma bajaba el tipo de interés. Por lo que no se ha acreditado por la parte demandada que grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la existencia de una cláusula suelo, y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba (es decir, si la parte demandante conocía con sencillez tanto la carga económica que realmente suponía, como la carga jurídica), ni tampoco se ha acreditado que el consumidor conociese que consecuencias tenía la firma del pacto novatorio, ni a que cantidades podía estar renunciando por la firma de dicho acuerdo, ni tan siquiera si el demandante era consciente de que mediante la firma de dicho acuerdo estaba renunciando a reclamaciones futuras, o que implicaciones y consecuencias suponía su firma si se considerase dicho acuerdo como una transacción.

Por tanto, dicho pacto novatorio debe ser considerado un intento por parte de la entidad demandada de moderar las consecuencias de una posible nulidad de la cláusula suelo por vía contractual. No debemos olvidar que cuando se negocia la rebaja de la cláusula, el consumidor sigue estando en una posición de inferioridad con respecto al banco, ya que solo puede, o aceptar la rebaja que se ofrece, o que se siga manteniendo el interés que está pagando desde la formalización del contrato. Ninguna prueba ha traído a los autos la parte demandada que demuestre que el demandante firmó de forma libre y consciente tal contrato, y con conocimiento del alcance de lo que firmaba. Sino que más bien se considera que su firma se debe a la necesidad del prestatario de ver reducidas sus cuotas hipotecarias, en una situación de absoluto desequilibrio contractual entre las partes.

Por todo ello, **procede estimar la demanda en este punto, declarando la nulidad de pleno derecho del acuerdo privado de novación suscrito entre las partes.**



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 14/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			

#### CUARTO.- 5.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD.-

Declarada la abusividad de la cláusula suelo, interesa la parte actora la condena a la entidad demandada a la devolución a los prestatarios de todas las cantidades que han sido abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula junto con los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, de conformidad con la Sentencia de 9 de mayo de 2013, son los siguientes:

"276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones: a) *Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.* b) *Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.* c) *Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas...*". En este sentido el artículo 83 TRLGDCYU y 10 LCGC.

Las consecuencias de la misma se concretan, además de en la nulidad y eliminación de dicha cláusula, en la restitución de las cantidades cobradas en exceso por la entidad desde de la misma firma del contrato. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Consecuentemente, la entidad demandada deberá proceder a la devolución de lo pagado de más por los prestatarios en aplicación de dicha cláusula, si ha sido objeto de aplicación, desde la fecha del primer pago, con los intereses legales que corresponda aplicar desde la fecha de cada cargo.

La eficacia retroactiva de la nulidad y consiguiente reintegración de prestaciones fue declarada por la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que modificó el criterio que venía manteniendo el Tribunal Supremo, estableciendo que la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha Cláusula, sin la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el derecho de la Unión Europea. Y el Tribunal Supremo, en Sentencia de 24 de febrero de 2017 modifica su jurisprudencia para adaptarla a la del TJUE, excluyendo cualquier límite en los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

#### QUINTO.- COSTAS.-

En materia de costas, el principio general que rige en nuestro ordenamiento es el de vencimiento. Así se recoge en el artículo 394 de la LEC que establece que "*las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*". Nuestra jurisprudencia entiende que debe aplicarse el principio de vencimiento en materia de costas, pues el mismo atiende, no solo a la sanción de una conducta procesal, sino a satisfacer el principio de tutela judicial efectiva, que exige que los derechos no se vean mermados por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento. Y su justificación se basa en que el proceso no debe

Código Seguro de verificación: Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 15/17



Y3go8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==



ocasionar un perjuicio patrimonial a la parte a quien se le ha reconocido su derecho.

En este sentido, en aplicación de dicho precepto, deben imponerse las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada, al estimarse íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLO**

Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED] contra BANCO MARE NOSTRUM S.A., en relación con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 1 de agosto de 2007, y en el que se subrogaron los demandantes en virtud de escritura de compraventa y subrogación de 8 de junio de 2011, modificado también por documento privado de la misma fecha:

1.- Se declara la nulidad, por abusividad, de la cláusula limitativa de los intereses introducida en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 1 de agosto de 2007, en el que se subrogó la demandante por escritura de compraventa y subrogación de 8 de junio de 2011, y condeno a la eliminación de la misma por la parte demandada en lo relativo a la fijación de un límite mínimo y máximo al tipo de interés variable (cláusula suelo-techo), dejando vigente el contrato en todo lo demás, sin la aplicación de dicha cláusula declara nula.

2.- Se declara la nulidad del contrato de novación suscrito por las partes el 8 de junio de 2011, y el contrato de novación de 21 de noviembre de 2013.

3.- Se condena a la entidad demandada a abonar a la parte demandante las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso por aplicación de la cláusula suelo nula desde la fecha de celebración del contrato, más los intereses legales de las cantidades indebidamente abonadas desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4.- Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días hábiles por escrito a presentar ante este mismo Juzgado, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan y observancia de los demás requisitos previstos en el art. 458 LEC.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha. Doy

Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <a href="https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/">https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/</a> Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.			
FIRMADO POR	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA 16/17
 Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==			



Código Seguro de verificación: Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==. 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	FELIPE JAVIER PEREZ CASTILLO 04/05/2018 13:49:50	FECHA	04/05/2018	
	ANA MARGARITA VILLEGAS NOVELLA 04/05/2018 14:02:21			
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==	PÁGINA	17/17



Y3qo8UprKJ2bAiHgnCI dRQ==