



JUZGADO MERCANTIL
NUMERO 7
BARCELONA

Procedimiento N° 682/15

SENTENCIA

En Barcelona a 11 de octubre de dos mil dieciséis

Vistos por mí, D. Raúl N. García Orejudo, Magistrado titular del Juzgado Mercantil nº 7 de esta Ciudad, los autos del juicio ordinario N° 678/15, seguidos a instancia de D. Dña. representados por Dña. Paula Vignes Izquierdo Procuradora de los Tribunales y defendidos por D. Jorge Muñoz Gómez Letrado, contra la entidad CAIXABANK S.A. representada por el Procurador D. Carlos Montero y defendida por el Letrado D.J Carlos Baixeras.

ANTECEDENTES DE HECHO

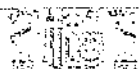
PRIMERO.- La parte demandante, representada por Dña. Paula Vignes Izquierdo Procuradora, formuló demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK, alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó solicitando del Juzgado que se dictase sentencia por la que se declarase la nulidad de las cláusulas que se indica en el suplico y se condenase a la demandada a abonar a la demandante las cantidades que correspondan sin la aplicación de la cláusula y al pago de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días contestara a la misma por escrito apercibiéndole de que, de no hacerlo así, se declararía su situación procesal de rebeldía; la demandada compareció para contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones de la actora, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de esta última.

TERCERO.- Citados los litigantes al acto de la audiencia previa que tuvo lugar el día 4 de julio de 2016 en el mismo comparecieron la parte actora y la parte demandada y se celebró con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual.

CUARTO.- La práctica de las pruebas admitidas tuvo lugar en el juicio celebrado en fecha 14 de septiembre de 2016 con el resultado que consta en el acta y en la reproducción audiovisual. Finalizado el periodo de prueba quedaron los autos para sentencia. Por el Juzgado se apreció de oficio la posible nulidad de una cláusula y se dio el correspondiente traslado a las partes para alegaciones.





QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.1. La parte demandante relata en la demanda, como hechos jurídicamente relevantes que fundamentan su pretensión, los siguientes: El día 16 de febrero de 2006, la demandante en concepto de prestataria y la entidad CAIXABANK, en concepto de prestamista, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario, en el que consta, PACTO TERCERO BIS TIPOS DE INTERÉS VARIABLE, como tipo de referencia para el cálculo del interés variable el Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro y como sustitutivo del anterior, en caso de que dejara de aplicarse, el llamado "Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro-indicador CECA tipo activo", sin que existiera otro sustitutivo en caso de que se dejaran de publicar los anteriores índices.

También figura en el PACTO TERCERO BIS TIPOS DE INTERÉS VARIABLE, LETRA f) un tipo mínimo del 3.50% a las bajadas del tipo de interés variable.

Asimismo se interesa la declaración de nulidad de la cláusula SEXTA que regula los intereses de demora del 20,50%.

1.2. Sobre la base de estos hechos, resumidamente expuestos ejercita una acción por la que pretende que se declare la nulidad de las citadas cláusulas y se condene a la parte demandada CAIXABANK interesando, el abono de los intereses percibidos por la demandada desde el inicio del contrato y subsidiariamente, como efecto de la nulidad una nueva liquidación de la hipoteca desde el inicio pero aplicando como índice de referencia el EURIBOR y con una nueva liquidación del contrato desde su inicio. Se solicita como petición alternativa las declaraciones de nulidad de las cláusulas.

1.3. La parte demandada alega, en síntesis, que, de conformidad con el art. 4 de la LCGC no es de aplicación la LCGC al índice de referencia IRPH porque viene expresamente regulado en la ley, en concreto en la DA 2ª de la OM de 5 de mayo de 1994 y el Banco de España publicó la Circular 5/1994 de 22 de julio en la que definía el índice IRPH CAJAS (o tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro); tampoco puede entenderse abusiva la fijación del tipo de interés con referencia a dicho índice porque se trata de un acto definitivo del precio; que no puede apreciarse falta de transparencia dado que los demandantes dispusieron de oferta vinculante en la que se incluía la referencia del IRPH cajas con días de antelación; que la DA 15ª de la Ley 14/13 aborda la desaparición de índice contemplado en el contrato que vincula a las partes y las consecuencias de su desaparición estableciendo una novación legal en el contrato; que carece de justificación alguna una nueva liquidación del préstamo con referencia al EURIBOR. Respecto de la cláusula suelo se alega que la citada cláusula suelo no es una





condición general de la contratación sino que forma parte del precio y es la rentabilidad mínima que el banco está dispuesto a obtener por prestar dinero al cliente; que no puede ser sometida al control jurisdiccional de abusividad de la LCGC; que es una cláusula reconocida legalmente y no hay desequilibrio de prestaciones entendidas éstas como derechos y obligaciones de las partes; que, finalmente ni el establecimiento de dicha cláusula fue resultado de una imposición, ni ha existido abuso por la entidad bancaria que no ha establecido unilateralmente la configuración del préstamo del actor.

SEGUNDO.- Hechos probados. El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente estipula que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone, de tal modo que la parte actora ha de probar normalmente los hechos constitutivos de su pretensión y la parte demandada los extintivos (SSTS de 26 de junio de 1974, 16 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1989). En el supuesto enjuiciado han resultado acreditados, como no controvertidos, los hechos alegados por la parte actora expuestos en el fundamento anterior.

TERCERO.- Nulidad de los tipos de referencia incluidos en el contrato.

3.1. La parte demandante postula la nulidad de las cláusulas antes indicadas del contrato relacionadas con el tipo de referencia, alegando, básicamente, que la imposición del llamado IRPH es abusiva porque el IRPH no es transparente dado que se ha vulnerado el art. 1256 del Código Civil en tanto que en el cálculo de dicho índice influyen las entidades financieras como la demandada, no resulta una media representativa porque no incluye la ponderación por volumen de negocio, no se introducen factores de corrección que acentúen la naturaleza de cálculo medio, se calcula utilizando tipos medios que incluyen comisiones, a partir de tipos nulos que han utilizado la cláusula suelo y, además, el IRPH Cajas se ha calculado desde 2012 por datos poco significativos por la progresiva desaparición de las cajas y siempre ha sido un índice superior a los demás.

3.2. En primer término, se considera que no resulta aplicable el art. 1.256 del Código Civil. Este precepto regula el llamado principio de irrevocabilidad del contrato que supone que el contrato debe mantener su rigor al margen de la voluntad discrecional de cualquiera de las partes de manera tal que el vínculo contractual no puede desaparecer por la sola voluntad de una de las partes, con las excepciones, recogidas en especial en materia de consumo, del llamado derecho de desistimiento a favor del consumidor. Este principio que prohíbe desligarse del contrato por la sola voluntad de una de las partes nada tiene que ver con el alegato, que sustenta la demanda, relativo a que en el cálculo del índice de referencia llamado IRPH que determina el tipo de interés del préstamo influye la voluntad de la entidad de crédito.

CUARTO.- Nulidad de los tipos de referencia incluidos en el contrato. Abusividad.





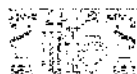
4.1 El art. 85 del TRLCU (en el mismo sentido D. A. Primera Ley 1984), a efectos de la abusividad de la cláusula TERCERA BIS que regula los tipos de interés variable, dispone, con carácter general que las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas. También hay que considerar el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, (en parecido sentido el art. 6.2. de la OM de 5 de mayo de 19949 que dispone que: 1. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

4.2 En todo caso, la STS 241/2013, de 9 de mayo, fija una serie de criterios para valorar el carácter abusivo de cláusulas no negociadas, concluyendo que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

- a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.
- b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.
- c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario- (apartado 233). Por otra parte, el Tribunal Supremo manifiesta que el carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo (apartado 235) y que para juzgar el desequilibrio se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales (apartado 240), concluyendo que las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo (apartado 246).

4.3. Y, además, en esta materia se ha de tener también en consideración la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE, en particular, la STJUE de 14 de marzo de 2013 que recopila las indicaciones sobre los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurren en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido", mediante un "análisis comparativo" con el que podrá valorarse "si - y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente". (iv) Medios de los que dispone el consumidor "con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusiva". (v) Para constatar si se han respetado las





exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar " si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual". (vi) Advierte de nuevo el TJUE que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

4.4. La cuestión entonces se ha de centrar en si los índices llamados IRPH que se pretenden anular son abusivos porque estaban influidos por la entidad bancaria demandada o dependían, como aspecto del contrato, de su voluntad. En este análisis se parte de que los cálculos que pueden modular la determinación del tipo de interés no pueden considerarse un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario. Elemento esencial de este contrato es su naturaleza como contrato de préstamo, su carácter gratuito o remunerado y la garantía hipotecaria añadida.

4.5. Comenzando por esta última cuestión, resulta claro, en primer lugar, que la fijación del tipo de referencia viene regulada por una disposición legal y resulta de aplicación obligatoria para ambos contratantes. No cabe duda de que la inclusión para el cálculo del interés variable de un tipo de referencia ha sido objeto de una regulación legal que la página web del Banco de España resume de la siguiente manera:

"La generalización en España de la concesión de créditos a tipo de interés variable, actividad en la que inicialmente destacaron los bancos extranjeros operantes en España, hizo necesario pronunciarse acerca del tipo al que, por definición, se vinculan dichas operaciones. El primer antecedente sobre esta materia se remonta a la OM de 17 de enero de 1981 del Ministerio de Economía, sobre liberalización de tipos de interés y dividendos bancarios, que establecía las condiciones por las que se regían los tipos de referencia en las operaciones a tipo de interés variable de préstamos o créditos concertados por las entidades de depósito con sus clientes. Por razones de equilibrio financiero, la OM de 7 de diciembre de 1984 del Ministerio de Economía, sobre determinados aspectos del Mercado Hipotecario, señaló, en su artículo 7º, que los préstamos hipotecarios que sirviesen de cobertura a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios a interés variable deberían concederse, igualmente, a tipos de interés variables en relación con un tipo de interés de referencia con los condicionamientos establecidos en los art. 47 y 48 del RD 685/1982. Por último, la Asociación Hipotecaria Española y el Banco Hipotecario de España solicitaron la publicación de tipos de referencia tanto para los tipos activos de las operaciones de créditos hipotecarios como para los tipos pasivos de las cédulas hipotecarias emitidas por las correspondientes entidades. Para satisfacer dichas peticiones, la DGTPF (hasta la Resolución de 21 de febrero de 1994 -BOE del 28 de febrero-) y posteriormente el Banco de España procedieron a la publicación, en el BOE, de varios tipos de referencia. Algunos de estos tipos han tomado carácter oficial, al ser recomendados por el Banco de España para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda y se publican mensualmente en el BOE, según Resolución del propio Banco, de 21 de enero de 1994. (Véanse el artículo «Tipos de referencia recomendados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable», Boletín Económico del Banco de España, diciembre, 1993, y la CBE nº 5/1994, de 22 de julio.)".





4.6. La Circular 5/94 del Banco de España, publicada en el BOE de fecha 3 de agosto de 1994 define el índice "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro" como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciados o renovadas en el mes al que se refiera al índice por el conjunto de cajas de ahorro, siendo los tipos de interés medios ponderados los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos, por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda de la circular 8/1990 de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela". Y con esta misma definición se ha incorporado a los contratos de préstamo hipotecario.

4.7. Pues bien, planteada la cuestión en los términos de capacidad de manipulación o influencia de la entidad bancaria demandada, hay que poner de relieve que no ha quedado acreditado que el cálculo del IRPH haya sido susceptible de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. Se estaría debatiendo aquí más que la nulidad de la cláusula, una posible infracción de normas de competencia por prácticas paralelas del art. 101 TFUE. Es cierto se han llevado a cabo investigaciones en relación con la posible manipulación por varios bancos del EURIBOR y el LIBOR dado que se sospecha que los bancos proporcionaron estimaciones del tipo de interés al que aceptarían ofertas de financiación que eran diferentes del tipo que habrían aceptado en la práctica. Pero nada de lo anterior queda acreditado en el presente caso, ni ha sido el debate.

4.8. El debate se debe de centrar en la capacidad de influencia de la entidad aquí demandada en el cálculo del tipo de interés llamado IRPH, sobre la base de la propia cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario.

4.9. Se aprecia que existe una capacidad potencial de influencia de la entidad prestamista en el cálculo del tipo de interés llamado IRPH a la vista del contenido de la cláusula y del documento de los servicios jurídicos del Banco de España derivado de la aplicación del art. 381 LEC en otro procedimiento y aportado aquí, en tanto que: el IRPH se calculaba por datos facilitados por las propias cajas cada mes; el cálculo realizado con tales datos era una media simple, no ponderada; los datos facilitados por las cajas podían incluir comisiones y gastos además del tipo de interés; y es posible que se hayan enviados datos de tipos de interés de operaciones realizadas en el periodo de referencia que pudieran venir referidas a contratos de préstamo con cláusulas sobre determinación del interés variable declaradas nulas por los Juzgados y Tribunales, en particular la llamada cláusula de redondeo al alza y la cláusula suelo.

4.10. Además de esta potencial capacidad de influencia de cada caja, se valora que puede no estar ofreciendo al consumidor una información correcta sobre el contenido de la cláusula, es decir, sobre la forma en que se produce el cálculo del índice IRPH en la medida en que la cláusula habla de "media simple de tipos de interés medios ponderados(...)" siendo los tipos de interés medios ponderados los





tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España...” y no hace referencia alguna al hecho de que los datos remitidos al Banco de España por las cajas pudieran estar referidos a la Tasa Anual Equivalente (T.A.E.), que incluye comisiones y gastos bancarios y no simplemente los tipos de interés aplicados a las operaciones.

4.11. Por otro lado es innegable, como hecho notorio, que se han declarado nulas por los Juzgados y Tribunales, empezando por la Sala Primera del Tribunal Supremo, cláusulas contractuales insertas en contratos de préstamo hipotecario relativas a la determinación del tipo de interés variable, como es la llamada cláusula suelo (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de febrero y 24 y 25 de marzo de 2015) o la cláusula de redondeo al alza (SSTS 4 de noviembre de 2010 y 2 de marzo de 2011), cuyos efectos debieron haber sido trasladados al cálculo del tipo medio de los préstamos hipotecarios como media simple de los tipos de interés medios ponderados, al tratarse de cláusulas insertas que han afectado y afectan a numerosos contratos.

4.12. A continuación, atendido el objeto del pleito, resulta necesario conectar las anteriores consideraciones con la posible abusividad de la cláusula, bien acudiendo a la lista negra de la ley de consumidores por entender, como hace la actora, que es una cláusula que vincula el cálculo del interés variable a la voluntad del empresario o a la definición general de cláusula abusiva.

4.13. Pues bien, se aprecia que resulta difícil de encajar la cláusula dentro de aquellas que vinculan un aspecto del contrato a la voluntad del empresario potencial si atendemos, sin más, a la capacidad de influencia de la entidad prestamista en el cálculo. Resulta necesario ahondar en los criterios generales sobre la abusividad de la cláusula en el sentido antes expuesto y desarrollado por el T.S. y el TJUE, para interpretar la expresión genérica relativa a “vincular un aspecto del contrato a la voluntad del empresario” o para analizar si encaja en la definición general de cláusula abusiva.

4.14. El primer criterio general sobre abusividad de cláusulas contractuales es aquel que atiende al estado de cosas al tiempo de la contratación. En orden a las circunstancias existentes en el momento de la contratación se ha de resaltar que recae sobre la entidad bancaria demandada la carga de la prueba de que los demandantes tuvieron la oportunidad de elegir entre este tipo de referencia y los restantes tipos de referencia existentes al tiempo de la contratación, sin que haya sido acreditado que los demandantes tuvieran dicha posibilidad real de elección, es decir, que la entidad bancaria les pusieran encima de la mesa la posibilidad de elegir entre IRPH o EURIBOR en el momento de la contratación. La documentación informativa precontractual firmada por los demandantes incluye la mención de IRPH al tratar del índice de referencia. Pero ello no permite tener como acreditado, sin más, que existiera una capacidad de elección y menos aún que la elección entre IRPH o EURIBOR estuviera relacionada con una hipotética negociación respecto de los diferenciales que se podían sumar al índice de referencia.

4.15. El segundo criterio general que se ha de resaltar es la posible contravención





de las reglas de la buena fe en el momento de contratar. La posible contravención de la cláusula que establece el IRPH CAJAS como tipo de referencia con las reglas de la buena fe, se enlaza por los demandantes con la evolución que años después de firmado el contrato tuvo el otro índice indicado, el EURIBOR, y con otro elemento que es necesario introducir aquí, que es la ausencia de información al consumidor acerca de la previsible evolución del IRPH CAJAS en relación con el EURIBOR o, desde otro punto de vista, el conocimiento que habría la entidad bancaria de la evolución de los índices y si, de mala fe, no fue transmitido a los demandantes.

4.16. No cabe duda a este juzgador de que la ausencia de buena fe (al igual que la falta de equilibrio) quedaría demostrada de una manera palmaria si se acreditase que, al tiempo de la contratación, la demandada sabía o podía razonablemente saber, que el EURIBOR sufriría el notable descenso que sufrió a partir de 2008, en comparación con la evolución del IRPH. Pero no ha quedado acreditado en modo alguno que la entidad bancaria tuviera conocimiento previo de la citada evolución

4.17. Y, en tercer lugar, también se ha de ponderar como criterio general trascendental, que el consumidor en palabras de la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13) pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo al tiempo de contratar. En este caso se valora que resulta fundamental para el consumidor, tratándose de un préstamo a interés variable, conocer qué es un tipo de referencia, cual era el tipo de referencia que se estaba contratando y si existen otras cláusulas que puedan afectar a la fijación final del interés variable (como es la cláusula suelo) o el diferencial que se estaba aplicando y las posibilidades de rebaja del diferencial. Sobre la primera cuestión no cabe duda de que existe un conocimiento general por parte de los consumidores de este tipo de préstamo acerca de qué es, en términos generales, un tipo de referencia (como es el EURIBOR que se quiere aplicar) y para qué sirve. Y, en segundo lugar, La forma de cálculo de este tipo se considera que no era importante para el consumidor al tiempo de contratar. Subyace en esta conclusión el dato cierto de que en demandas como la que aquí se plantea existe una pretensión de sustituir el índice IRPH por el índice EURIBOR, sin que exista objeción alguna acerca de la forma de cálculo de este último índice.

4.18. Como señala Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13), "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (ap. 71), sino que "esa exigencia debe entenderse de manera extensiva" (ap. 72). (...) Por ello, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor, y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, esto es, que pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable pero con un límite por debajo, de tal forma que nunca sería inferior a uno determinado. Es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual".

4.19. Por ello, en este caso, valorando las anteriores consideraciones de una forma





global y ponderada, se considera que el peso de las dudas que puedan surgir sobre la abusividad de la cláusula que incorpora el IRPH por la que hemos llamado capacidad potencial de influencia en el cálculo y por las dudas expresadas sobre la falta de una posibilidad real de elección entre tipos de referencia no debe recaer en el análisis abstracto de abusividad de la cláusula, objeto de esta demanda a la vista de que no se aprecia mala fe en la entidad demandada y el consumidor podía hacerse cargo de las consecuencias económicas a su cargo, ambas cosas al tiempo de contratar. El peso de tales dudas debe recaer en el devenir del cumplimiento del contrato, a la hora de controlar si por parte de la entidad bancaria demandada ha existido un cumplimiento defectuoso de lo pactado en el momento de calcular el índice añadiendo indebidamente comisiones y gastos a los datos suministrados para el cálculo, o incorporando datos susceptibles de ser modificados como consecuencia de resoluciones judiciales sobre nulidad de cláusulas que precisamente inciden en el tipo de interés variable o, en definitiva, edulcorando, con cualquier otra práctica, el resultado normal del cálculo que aparece definido legalmente y recogido en el contrato. Ello daría, en su caso, lugar a otro pleito en reclamación de las correspondientes cantidades.

Se desestima en consecuencia la demanda en su petición principal.

QUINTO.- Nulidad de la cláusula que establece que en defecto de los anteriores índices se aplicará al crédito el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular.

5.1. Se aprecia la concurrencia de nulidad de esta cláusula, apreciada de oficio por este Juzgado, que se considera condición general de la contratación al no ser de aplicación la excepción del art. 4 de la LCGC y no ser una cláusula transparente en el sentido que se desprende de la STS de 9 de mayo de 2013.

5.2. En efecto, mediante dicha cláusula se está transformando, dentro del encabezamiento PACTO SOBRE INTERÉS VARIABLE un préstamo hipotecario a interés variable por uno a tipo fijo, es decir, al último tipo aplicado para toda la vida del contrato. No hay información a los consumidores demandantes al respecto, no se cumple con la exigencia de información que recoge el TS en la sentencia aludida, junto con la de 8 de septiembre de 2014, respecto de una cláusula que afecta claramente a la carga económica y el cumplimiento normal del contrato.

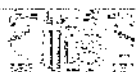
5.3. Para las consecuencias de la nulidad que aquí se declara, debe acudir a las previstas por el legislador en la D.A. 15ª de la Ley 14/13, aplicable al presente caso en que en virtud de la nulidad el contrato queda sin índice de referencia al haberse eliminado en dicha disposición el principal y el sustitutivo.

SEXTO.- Cláusula suelo

Nulidad de la "cláusula suelo".

6.1. El RDL 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, fija el concepto de consumidor en el artículo 3 al indicar





que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En el supuesto de autos no cabe duda de que la demandante actúa fuera del ámbito propio de su actividad profesional.

6.2. En esta materia se ha de atender a la la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, que se dan aquí por reproducidos. Aplicando esta doctrina al presente caso, no cabe duda de que la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo aportado por la parte actora es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no ha sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente sino impuesta por el banco, por lo que puede entrarse en el análisis de su abusividad.

6.3. Una vez concluido que las cláusulas suelo son condiciones generales de la contratación, 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. El TS, en sus FJ 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 si pueda entrarse en el control de abusividad.

6.4. El TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y Art. 7 LCGC "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

6.5. De la lectura del contrato de préstamo hipotecario objeto de litigio la citada cláusula, leída de forma aislada, es clara y por tanto, cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido".

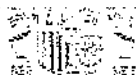
Ahora bien, en palabras del TS (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

6.6. Incluso admitiendo que dicha cláusula se incorporó correctamente, hay que





analizar qué grado de conocimiento tenía el consumidor acerca de la misma y de las repercusiones económicas y jurídicas que le comportaba. Y nuevamente, cabe decir que la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, se vuelve oscura al estar "enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato" impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así 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". (FJ 210). De tal manera que la cláusula suelo convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217).

De hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218).

6.7. Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

Concluye el TS en su FJ 225:

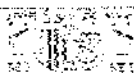
225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No 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.
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA (y los mismo cabe decir de las incorporadas por BANCO PUPULAR) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

6.8. En este caso, concurren tales requisitos en que reside la falta de transparencia pues ha quedado acreditado la falta de información suficiente en el sentido recogido en la sentencia del Tribunal Supremo, la ausencia de simulaciones de escenarios, ausencia de información comparativa y en cambio, consta acreditada su inclusión junto con otras cláusulas que contienen otros datos que diluyen la atención del consumidor, todo ello teniendo presente que es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés.

6.9. Se está exigiendo en dicha resolución del TS, acertadamente, un plus de





información, algo más que haber informado a los clientes de la mera existencia de la cláusula suelo, dentro, como un más, de las condiciones del contrato. Se exige algo más que la indicación de la mera presencia de la cláusula a través de la oferta vinculante, a través del clausulado del contrato o de su lectura en la firma de la escritura pública por parte del Notario. Se exige una información suficiente, en términos de "sobreinformación", acerca de la naturaleza, del sentido, de la finalidad de la cláusula y en particular de los efectos que podía producir y los riesgos (y beneficios para ambas partes) que con ella se estaba asumiendo, con indicación y simulación de escenarios, de los efectos que podía producir, todo ello con un claro aislamiento de la cláusula en relación con el resto de condiciones del contrato, tal y como indica el TS.

Devolución de cantidades

6.10. Por último, además de declarar la nulidad de la cláusula suelo, lo que debe fijarse a continuación es qué efectos produce, esto es, si cabe la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en virtud de la aplicación de dicha cláusula por el Art. 1303 CC o bien, aplicando la teoría del Tribunal Supremo expuesta en su sentencia de 9 de mayo de 2013, solamente exigir su no aplicación a partir de la fecha de la sentencia sin efectos retroactivos.

6.11. Ciertamente, uno de los efectos que comporta la declaración de nulidad de una cláusula, es que las partes deben restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido de la otra con sus frutos y el precio con sus intereses por razón de las obligaciones creadas, tal como dispone el Art. 1303 CC. La finalidad de esta regla no es otra "que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra" (STS de 23 junio 2008 y SAP Barcelona de 19 de abril de 2012). Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, " [...] de una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente". Este principio es el que propugna el IC 2000 al afirmar que "[l]a decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (ex tunc)".

6.12. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, con cita de otra anterior de 12 de marzo de 2012, dispone que dicha retroactividad no hay que aplicarla de forma automática sino que permite su moderación si concurren una serie de circunstancias como puede ser el principio de seguridad jurídica y si está en juego el interés económico general. Más en concreto, las razones que esgrime el Tribunal Supremo para no aplicar a la nulidad de las cláusulas suelo, los efectos retroactivos son:

- "a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.
- b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-.





- c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "[...] casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".
- d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-.
- e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.
- f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.
- g) No consta que las entidades crediticias no hayan observado las exigencias reglamentarias de información impuestas por la OM de 5 de mayo de 1994.
- h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde, según consta en el IBE a mantener un rendimiento mínimo de esos activos (de los préstamos hipotecarios) que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones.
- i) Igualmente según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos.
- j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.
- k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

6.13. En este caso concurren todos y cada uno de los requisitos que cita Nuestro Alto Tribunal en el FJ 293 de su sentencia para atemperar excepcionalmente los efectos de la nulidad, sin que altere tal conclusión el hecho de que estemos ante un pleito iniciado por una acción individual y no por una acción colectiva. Tales efectos, en particular el previsto en la letra k), lógicamente no se produce en este procedimiento, pero si con una suma previsible de reclamaciones como esta, si no se sigue el criterio del TS. La sentencia del TS, hecha publica en la fecha en que se dictó y ampliamente difundida y conocida por todos los afectados, incluidas las partes el presente proceso, supone una resolución alcanzada por el pleno de la Sala Primera con la clara vocación de, ex art. 1.6 del C.C., cerrar una cuestión como es la devolución de cantidades que, sumando las reclamaciones individuales, puede afectar al orden público económico como se ha indicado.

6.14. Además el TS en sentencias posteriores confirma el criterio que acoge este Juzgado al señalar, entre otras en la de 25 de marzo de 2015 que "La conjunción de tales elementos es la que motivó la conclusión de la Sala contenida en el parágrafo 294 cuando declaró la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

6.15. Por ello, se considera procedente excluir los efectos de la nulidad hasta el momento inicial de celebración del contrato, pero aplicar la facultad moderadora a la





14/15

que se refiere el TS, que como mínimo debe permitir la retroacción de los efectos de la nulidad hasta el mes siguiente al que fue dictada la sentencia (junio de 2013). Finalmente, esta interpretación se considera que no genera un trastorno grave para el orden público económico, tal y como señala la STS citada, ratio en que se entiende que nuestro alto tribunal apoya la excepcional interpretación que realiza acerca de los efectos de la nulidad contractual.

SÉPTIMO.- Cláusula sexta sobre intereses de demora.

7.1. Solicita la parte actora la nulidad de la cláusula que establece un interés de demora del 20,50%.

7.2. Con carácter general, la jurisprudencia se ha mostrado reacia a la declaración de nulidad de los intereses moratorios por considerar que estos tienen una naturaleza distinta de los remuneratorios. Por todas, Sentencia de 27 de mayo de 2009 de la AP Barcelona en la que se plasma el criterio jurisprudencial de considerar que las partes son libres para el cálculo del perjuicio que se causa por el incumplimiento del contrato.

7.3. Ahora bien, la cuestión debe dirigirse conforme a la ley de 14 de mayo de 2013, según la cual, los intereses que se pueden reclamar no pueden ser superiores a 3 veces el interés legal del dinero. Y este límite, se aplica incluso a los procedimientos ejecutivos en marcha y, en concreto, conforme a su Disposición Transitoria 2ª: La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

7.4. En definitiva, los intereses que se pueden reclamar en dicho marco no pueden ser superiores a 3 veces el interés legal del dinero que en la fecha del contrato estaba situado en el 4%. Por ello se considera que, en abstracto, el control de legalidad a que debe someterse la cláusula en cuestión debe determinar su nulidad, al contravenir el tenor del art. 3, apdo. 2 de la Ley 1/2013, en lo que excede del máximo legal.

7.5. En orden a las consecuencias de la nulidad, como señala la STS de 23 de diciembre de 2015 reafirma la nulidad de la cláusula y la no aplicación de otra normativa nacional sobre intereses moratorios al señalar, entre otras cosas que "el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o

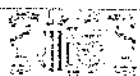


PAULA VIGNES IZQUIERDO

Pif. 007 076 034 - Fax. 936 184 333

paula.vignes@jgcatl.cat

16/16



15/15

no".

OCTAVO.- Costas. La demanda ha resultado estimada parcialmente en su petición principal por lo que no se hace imposición de las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

ESTIMO parcialmente la demanda formulada por
, representados por Dña. Paula Vignes Izquierdo y DECLARO LA NULIDAD únicamente de la mención incluida en la página 12 del contrato del contrato que vincula a las partes, cuando dice que la ausencia de los índices de referencia anteriores "implicará la perduración de aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular"; DECLARO la nulidad de la cláusula suelo definida en el fundamento de derecho primero de esta resolución y CONDENO a BBVA S.A. a que abone a la demandante la cantidad que se determine, en su caso, en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde el mes siguiente a mayo de 2013 y DECLARO la nulidad de la cláusula SEXTA pacto sobre intereses de demora; ABSUELVO a CAIXABANK S.A. de las restantes pretensiones formuladas en su contra sin imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días ante este Juzgado, por escrito y con la firma de Letrado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída ha sido la presente resolución en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.

