

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 3 DE
HUELVA

EN NOMBRE DE S.M EL REY

EN HUELVA A DOCE DE ABRIL DE DOS MIL DIECISÉIS

La Iltma. Sra. Dña. ISABEL MARIA ALASTRUEY RUIZ,
MAGISTRADA-JUEZ de Primera Instancia número tres de los de esta Ciudad y su Partido
Judicial, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA Nº 79

Vistos los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 1208/15 a instancia de [REDACTED] representado por el Procurador Sra. RECUERO DÍAZ contra CAJA RURAL DEL SUR representada por el Procurador Sr. CABALLERO CAZENAVE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la actora se interpuso demanda de juicio ordinario contra los arriba expresados demandados, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y que en este momento se dan por reproducidos, ejercitando acción de nulidad de cláusulas contractuales y restitución de cantidades cobradas indebidamente.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la referida demanda y seguido el procedimiento por todos sus tramites, se mandó emplazar al demandado, confiriéndole traslado de la demanda con sus copias, para que comparezcan y contesten si lo creyeren oportuno en el plazo de veinte días, personándose y contestando en plazo en solicitud desestimatoria alegando la validez, licitud y comprensión de las cláusulas controvertidas, así como no tratarse de una cláusula predispuesta y haberse informado al contratante, existiendo negociación al respecto; se celebró la audiencia previa sin avenencia y fue propuesta y declarada la pertinencia de la prueba. Celebrado juicio, se practicó la prueba de

interrogatorio de parte y testifical y formuladas conclusiones, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este pleito se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la presente demanda, la parte actora ejercita acción se declare la nulidad por abusiva del pacto tercero bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre los litigantes en fecha 6 de julio de 2012 en el que se fija como índice de referencia el IRPH por falta de transparencia en su incorporación, y al haber resultado predispuesta, así como la contenida en la estipulación que establecía una limitación a la baja del tipo de interés; la eliminación de dichas cláusulas del contrato y la condena a la entidad bancaria demandada a devolver a los actores la cantidad indebidamente percibida en aplicación de las mismas.

Alegan, en esencia, que las cláusula controvertidas son condición general de la contratación, que el actor es consumidor, y que en la condición general se aprecia ausencia de claridad y transparencia, siendo una cláusula abusiva.

La parte demandada se opone a su estimación afirmando que el IRPH es un índice oficial y por tanto, lícito; que fueron unas cláusulas negociadas, comprensibles y claras, y se le dio al cliente información suficiente sobre el particular, pudiendo haber optado por otro índice de referencia pues se trató de una negociación y contratación transparente.

Al afectar al precio, no se puede someter al control de abusividad por su contenido, debiendo imperar el principio de toda economía de mercado, como es la libertad de precios, no pudiendo quedar esta sometida al control y arbitrio de los tribunales.

SEGUNDO.- Cláusula IRPH.

Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que se desprenden del informe emitido por el Banco de España obrante en autos, cabe afirmar que se elabora a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una. Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora directamente esa media simple que determina la cuantía del IRPH, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes.

De esta manera, las entidades financieras, influían en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice.

En este caso, el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad, habiendo distinguido el *Tribunal Supremo* (*sentencia de 9 de mayo de 2013*, reiterada en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015) dos niveles en el control de transparencia. El primer filtro del control de transparencia afecta a la fórmula de incorporación al contrato conforme a los siguientes preceptos de la *Ley 7/98 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)*: artículo 5.5 ("La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez") y artículo 7 ("No 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."). Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba su inclusión en el contrato. Si no superara la cláusula este segundo control, podrá entrarse en el examen de su abusividad.

Pues bien, en relación con el primer control de transparencia, además de los preceptos citados de la LCGC, el artículo 80.1.a) TRLGDCU dispone:

"1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual."

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. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

TERCERO.- A entender de la actora, dichas cláusulas son nulas por los siguientes motivos:

Por falta de transparencia al no haberle informado la entidad bancaria al consumidor de cómo se calculaban esos índices y que era a partir de los datos que suministraban las propias cajas, pudiendo por tanto éstas influir en su resultado y creando un evidente desequilibrio en la asunción de riesgos de cada contratante, con perjuicio económico palmario.

Se debe recordar que la cuestión básica se centra en la carga de la prueba, sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de

Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC) es quien está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente.

El actor aduce un desconocimiento total de las cláusulas, y no existe otro medio probatorio que lo desvirtúe que el testimonio del empleado que no arroja luz alguna sobre los extremos de negociación afirmados por la demandada. Por el contrario, el demandante niega expresamente toda negociación, así como incide en que no se le ofrecieron otras alternativas, *ni se realizaron simulaciones, ni se le entregó oferta vinculante.*

Examinadas las referidas cláusulas, se debe considerar que no supera siquiera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa; no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto.

Por lo tanto, no puede considerarse que la demandada diera al demandante la posibilidad real de conocer, siquiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión.

En relación al examen de la transparencia, es desarrollado por la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo que fija los siguientes elementos reveladores de la falta de transparencia:

- 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) se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

CUARTO.- En el presente caso, la parte actora denuncia la falta de transparencia por información insuficiente provocando un vicio en el consentimiento del consumidor, y no consta que se haya simulado ningún escenario relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, y a corto plazo; la cláusula suelo aparece regulada en un párrafo cuya lectura aislada es comprensible, pero aparece enmascarado dentro de la redacción global del contrato, sin estar situada ni redactada con la importancia que tiene en tanto se refiere a un elemento esencial del contrato como es el precio, sino introducida de forma secundaria, no pudiendo derivarse hacia el Notario un deber de información que sólo correspondía cumplir al Banco, y que aquél no está obligado a suplir.

Las referidas cláusulas no superan el control de transparencia al no haberse acreditado por el Banco que la prestataria haya tenido perfecto conocimiento de la sentido, su trascendencia y su incidencia en el contrato a fin de poder adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, siendo la entidad bancaria la obligada a probar el cumplimiento de esta obligación informativa, dada la mayor facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) por lo que la falta de prueba debe ir en su contra.

Pero es que además la entidad bancaria no ha acreditado que haya dado una información adecuada y suficiente a la prestataria que permitiera a los mismos conocer la existencia de las cláusulas y su incidencia al momento de ir a contratar, sin que al efecto se haya practicado prueba, pues no consta que se les hubiera entregado una oferta vinculante ni folleto informativo ni informado verbalmente por los empleados de la entidad.

En definitiva, ha de concluirse en que las cláusulas impugnadas no son transparentes, y además son abusivas en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un reparto real del riesgo inherente a la operación en relación con la fijación del tipo de interés, debiendo ser eliminadas del contrato.

Las consecuencias de la no incorporación de la cláusula IRPH; dispone el artículo 10 LCGC:

"1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el *artículo 1258 del Código Civil* y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo."

Siendo un contrato de préstamo con expreso pacto de intereses que previamente convinieron las partes, se impone la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia. Y habiéndose dejado de publicar (desde el 1 de noviembre de 2013 - *Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre*, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) los tipos sustitutivos previstos en la escritura, la integración deberá hacerse con el tipo de referencia, el Euribor, al que se adicionará 4,25 puntos de diferencial previsto en la escritura.

Y, en cuanto a consecuencias económicas, de conformidad con lo previsto en el *artículo 1303 del Código Civil*, deberán las partes reintegrarse, en su caso, las cantidades que hubieran percibido, con sus intereses, en aplicación de la cláusula declarada nula.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad relativa a la cláusula suelo, hay que acoger el criterio excepcional de la irretroactividad sentado por STS y limitar sus efectos a 9 de mayo de 2013; y es que sobre esto hay ya doctrina uniforme del mismo Tribunal Supremo, fijada en pleno en sentencia de 25 de marzo de 2015, con cita de otras y en la que se afirma como tal:

"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, y la de 24 de marzo de 2015, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Por tanto la entidad bancaria debe reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13, con abono del interés legal del dinero desde su pago.

QUINTO.- De acuerdo con el primer apartado del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que hubiera visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie serias dudas de hecho o de derecho, lo que sucede en el presente caso, al existir pronunciamientos diversos sobre la cuestión planteada.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo en esencia la demanda formulada por DON [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad CAJA RURAL DEL SUR y, en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo de la cláusula que se contiene en la estipulación TERCERA BIS A del contrato celebrado mediante escritura pública 6 de julio de 2012, relativa al IRPH, con supresión de la misma y subsistencia del contrato.

2.- Sustituir el tipo de referencia declarado nulo por el tipo de referencia EURIBOR más 4,25.

3.- Condenar a CAJA RURAL DEL SUR a reintegrar las cantidades con sus intereses que hubieran percibido en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más 4,25 que sustituye a la misma.

4.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo de la cláusula que se contiene en la estipulación TERCERA BIS B de la misma escritura, relativa al límite a la baja del tipo de interés con supresión de la misma.

5.- CONDENO a la demandada a reintegrar al actor las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/13, más los intereses legales desde la fecha de cada pago hasta el completo pago de dichas cantidades.

No se hace condena en costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que contra la misma cabe interponer recurso de APELACION, del que conocerá la Audiencia Provincial de Huelva, debiendo interponerse ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución y previa constitución del depósito legal y abono, en su caso, de la correspondiente tasa judicial.

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

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada-Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.