

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 71 DE MADRID**

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932900,01, 02

Fax: 914932904

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0235880

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1510/2015**

Materia: Contratos en general



(01) 30607590015

**Demandante::** ASOCIACION DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

**Demandado::** BANKIA SA

PROCURADOR D./Dña. RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

**SENTENCIA Nº 284/2016**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. ANA ALONSO RODRÍGUEZ-SEDANO

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** veinticuatro de junio de dos mil dieciséis

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La procuradora D<sup>a</sup> Saharon Rodriguez De Castro Rincón , en nombre y representación de Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados financieros ( ASUFIN ) , en representación de su asociada D<sup>a</sup> ██████████ ██████████ , presentó el 23 de octubre de 2015 demanda de Juicio Ordinario , contra la mercantil Bankia ,SA , reclamando :

1º ) Que se declare la nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas , falta de transparencia y tener carácter abusivo , la cláusula TERCERA-BIS- TIPO DE INTERES VARIABLE , del préstamo hipotecario concertado el 30 de diciembre de 2005, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid , ( actualmente BANKIA ) , y D<sup>a</sup> ██████████ ██████████

2º ) Que se condene a la demandada a eliminar dicho índice del precio.

3º) Se condene a la demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiere aplicado , en la forma siguiente , de forma subsidiaria :

- a) Recalcular la cuota sin intereses , dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH ENTIDADES , quedando obligada la demandante a devolver solo capital , manteniendo el préstamo hasta su cancelación sin devolución de intereses .



, de 13 de abril , de Condiciones Generales de la Contratación ; de la Ley 3/ 1991 , de 10 de enero, de Competencia Desleal .

En cuanto el IRPH fue un índice oficial, fijado por el Banco de España, que se publicaba en el BOE, hasta la entrada en vigor de la ley 14/2013, en cuya Disposición Adicional Decimoquinta se reguló su sustitución , no puede estimarse que vulnere la normativa sectorial bancaria .

**SEGUNDO.** Procede a continuación determinar si la cláusula Tercera –Bis , del préstamo hipotecario , infringe la Ley 26/84 , de 19 de julio para la defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 7 /1998 , de 13 de abril , de Condiciones Generales de la Contratación ; y la Ley 3/ 1991 , de 10 de enero, de Competencia Desleal, por falta de transparencia y abusividad.

A propósito de esto, la entidad demandada aduce que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario , referenciado al IRPH , no es una condición general de la contratación y, en consecuencia , el análisis de su abusividad no se somete a lo dispuesto en la LCGC o en el TRLGDCU.

El apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas "cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Tal precepto ha sido desarrollado por la STS de 9 de mayo de 2013 , en cuyos fundamentos jurídicos establece un elenco de cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que una cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación:

*"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 prerredactada, 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. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes - aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, 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.*

*De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:*

*a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y*

*b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".*

Tal jurisprudencia ha sido posteriormente ratificada por el Pleno del TS en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015 y 29 de abril de 2015 .

La STS, de 3 de junio de 2016 ha declarado:

*“Por otra parte, conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE, «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo , 222/2015, de 29 abril , y 265/2015, de 22 de abril , que hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación.*

*Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, «es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario» ( sentencia 265/2015, de 22 de abril ).*

*Como recordábamos en la citada sentencia 265/2015, de 22 de abril , «[e]s 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 art. 9 TRLCU, 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 (art.*

3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 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». Y es que, «el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente». “

**TERCERO.** La cláusula TERCERA-BIS- TIPO DE INTERES VARIABLE , del préstamo hipotecario concertado el 30 de diciembre de 2005 , tiene el carácter de contractual y si bien es cierto que el IPRH es un índice oficial, su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores no es obligatoria pues no viene impuesta por ninguna normativa legal sino que es un índice de referencia que voluntariamente deciden aplicar algunas cajas de ahorro y bancos a la hora de conceder financiación, lo cual nada se puede reprochar pues ello no obedece más que a la libertad de fijar precios, propio de una economía de mercado. Si a ello se añade que son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son prerredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación.

Por otra parte , la entidad demandada no ha desplegado prueba de la que se desprenda que el D<sup>a</sup> ■■■■■ tuviera capacidad alguna para negociar la incorporación de esa cláusula, sino que formaba parte del precio y de las condiciones económicas que le ofreció el banco para concederle la financiación a modo de oferta irrevocable, lo que ratifica la idea de que estamos ante una cláusula impuesta pudiendo entrarse por ende en el control de su posible abusividad.

**CUARTO.** Sobre el control ( contenido y transparencia )de las condiciones generales del contrato ,el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , reiterada en su sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015 , ha declarado:

“2.1. *El control de transparencia.*

205. *El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]" , y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible".*



206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" .

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

208. En este sentido apunta el IC 2000, según el cual "[...] el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)".

## 2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[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". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

214. En este sentido la STJUE de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb AG, ya citada, apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente "[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste [...]".

### 2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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.

**QUINTO** . La cláusula controvertida , leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 , es clara y comprensible pues concreta cuál es el índice que se tomará como referencia, siendo un índice oficial, publicado en el BOE y por tanto, a disposición del cliente si quiere consultarlo. En consecuencia, se cumple el primer nivel de transparencia del artículo 10 Ley 26/84 , de 19 de julio para la defensa de los Consumidores y Usuarios

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación es cómo se incorporó esa cláusula al contrato, esto es, si D<sup>a</sup> [REDACTED] . fue informada de su existencia y de sus efectos jurídicos y económicos.

Pues bien , la parte demandada no ha desplegado actividad probatoria que avale su aseveración sobre que informó clara y expresa a D<sup>a</sup> [REDACTED] sobre la aplicación del índice IRPH . Por el contrario , ni tan siquiera ha aportado a las presentes actuaciones copia de la oferta vinculante del préstamo hipotecario objeto del pleito, siendo a estos efectos insuficiente el documento nº 1 de la contestación , habida cuenta que no está suscrita por D<sup>a</sup> [REDACTED]

██████████ , Tampoco consta que la demandada hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas. La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que el índice IRPH se ha situado siempre por encima del Euribor, ( documento nº 6 de la demanda ) , lo que ha implicado que los consumidores paguen una mayor cantidad de intereses que en el caso de que se hubiese aplicado el índice Euribor.

Por todo ello, apreciada la falta de transparencia de las cláusula empleada por la entidad demandada , se ha de declarar la nulidad de la misma.

**SEXTO.** Por último, declarada la nulidad de esa cláusula y su no incorporación, procede determinar qué índice de referencia se aplica.

Habiendo pactado las partes que el préstamo fuera oneroso , debe aplicarse como índice de referencia el Euribor , mas el diferencial pactado del 0,50 %

**SEPTIMO.** En cuanto a las costas , de conformidad con lo establecido en el artículo 394 LEC, procede imponerlas a la parte demandada .

### FALLO

Que , estimando la demanda formulada por la procuradora D<sup>a</sup> Saharon Rodriguez De Castro Rincón , en nombre y representación de Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados financieros ( ASUFIN) , en representación de su asociada D<sup>a</sup> ██████████ ██████████ contra Bankia , SA, representada por el Procurador Sr De La Santa Marquez, se declara la nulidad de la cláusula TERCERA-BIS- TIPO DE INTERES VARIABLE , del préstamo hipotecario concertado el 30 de diciembre de 2005, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid , ( actualmente BANKIA ) , y D<sup>a</sup> ██████████ ██████████

Se condene a la demandada :

- A) A eliminar dicho índice del precio y , en consecuencia , se condena a Bankia, SA a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuere el Euribor , mas el diferencial pactado del 0,50 % , dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH ENTIDADES, que será sustituido por Euribor mas el 50%.
- B) A devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del exceso en el cobro de intereses , mas los intereses legales desde de dichas sumas desde sus respectivos abonos .

En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandada.



Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que deberá interponerse ante este Juzgado en el PLAZO DE VEINTE DÍAS contados desde la notificación de esta sentencia que será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid.

La admisión del recurso precisará que, al presentarse, se haya consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones número 0030-1845-00-3250 (cuenta del Juzgado) – XXXX (nº del procedimiento con cuatro cifras, anteponiendo, en su caso, los ceros necesario) –XX (dos últimas cifras del año del procedimiento) abierta a nombre del Juzgado en la entidad Banesto el DEPÓSITO de 50 € exigido por la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial 8en redacción dada por L.O. 1/09).

Llévese esta sentencia al Libro de su clase dejando testimonio suficiente en los autos. Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN:** En la fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.