

JUZGADO MIXTO Nº1 DE CORNELLA DE LLOBREGAT
PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO Nº167/2016

SENTENCIA Nº 5/17

En Cornellà de Llobregat a 12 de diciembre de 2016

Vistos por mí, Antonio Manuel Garcia Lopez, juez del I Juzgado mixto nº 1 de esta ciudad. Los presentes autos del Juicio Ordinario 167/16 entre partes, de una como demandante D^a _____, debidamente representada y defendida, y de otra como demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. _____ interpone en nombre y representación de la referida parte actora demanda de Juicio Ordinario en fecha 20 de abril de 2016 contra la entidad BBVA, S.A. en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que:

1. Se declare la nulidad de la clausula quinta relativa al interes variable suscrita entre las partes en fecha 26 de junio de 2007 que referencian los préstamos al IRPH Cajas y como índice sustitutivo el Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorros.
2. Condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Cajas o Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorros, durante el segundo periodo previsto en el contrato.
3. A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro.
4. Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.
5. subsidiariamente solicita que se declare la nulidad del pacto quinto desde el 29 de octubre de 2011, igualmente con caracter subsidiario que se declare la nulidad desde el día 29 de julio de 2012, o finalmente desde el 29 de julio de 2013

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda interesando la íntegra desestimación de la misma.

TERCERO .- En la Audiencia Previa, que se celebrou en fecha 11 de noviembre de 2016, se delimitan los hechos litigiosos, se propone y admite prueba, siendo que la unica prueba que se solicita es la prueba documental, debiendo por tanto en virtud de lo establecido en la LEC, procederse a dictar sentencia en el plazo de 20 dias.

CUARTO .- En la tramitacion de este procedimiento, se han observado todas las prescripciones legales aplicables al supuesto de litis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- La demandante ejercita acción individual de nulidad de condición general de la contratación inserta en el contrato de subrogacion de prestamo hipotecario y ampliacion del prestamo, suscrito en fecha 26 de junio de 2007 con la entidad demandada, al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente se pretende la declaración de nulidad de las cláusulas que establecen el tipo de interés de referencia en el IRPH en el contrato suscrito entre las partes en fecha 26 de junio de 2007.

SEGUNDO

- Son **hechos probados**, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

1. El 26 de junio de 2007 la demandante suscribieron con la entidad BBVA SA contrato de subrogación de préstamo con garantía hipotecaria y ampliación del préstamo con un vencimiento establecido en 30 de septiembre de 2015, en cuyo pacto quintoll y III se establece:

"en primer lugar un primera fase desde la fecha de esta escritura hasta transcurridos 12 meses se aplica un tipo de interés nominal anual de 4,90%

" Índice de Referencia Adoptado es el Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado -". igualmente se establece un " Índice de Referencia Sustitutivo el denominado TIPO CECA.

durante los periodos en que por no haberse publicado durante el plazo mencionado ninguna de las previsiones anteriores no exista tipo de referencia específico utilizable, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el periodo de interés anterior

Conforme al apartado D) el diferencial es de 0,35 en el caso de aplicación del Índice de Referencia Adoptado (IRPH Cajas) y de 0,50 en caso de aplicarse el Índice Sustitutivo.

2. El Notario hace constar las advertencias que refiere el art. 7 de la OM de 5.05.1994, en lo que aquí interesa, que el índice de referencia pactado es uno de los oficiales y que no hay discrepancia entre las condiciones financieras de la oferta vinculante que se le exhibe y las que figuran en la escritura.

3. Los demandantes formularon reclamación a la caja mediante carta recogida en la entidad el 29.02.2016 (doc. nº10 demanda). En la reclamación se decía que la cláusula IRPH y CECA habían sido declaradas nulas desde el año 2013, solicitando la eliminación de dicha cláusula.

TERCERO

- Para empezar debe señalarse que el índice IRPH Cajas y el Tipo activo de Referencia de las Cajas de Ahorro o tipo CECA, desaparecieron de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013. En esta fecha, el Banco de España dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se debía realizar por el IRPH Entidades.

Tal efecto se inició con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) que en su artículo 27 enumera los tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas y el tipo CECA..

La DT Única.1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España continuaría publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Sin embargo, esa publicación del Banco de España continuó hasta que la D.A. 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, puso término final a esa publicación e hizo efectiva la desaparición de tales índices.

CUARTO

- Establece la D.A. 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre :

1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales (-)

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.

Tal y como resulta de la redacción anterior la disposición solo prevé la posible sustitución del tipo de referencia principal por el previsto como sustitutivo en el contrato. En nuestro caso, siendo el tipo principal (Índice de Referencia Adoptado) el IRPH, lo que hubiera procedido es la aplicación del índice sustitutivo previsto en el contrato (el tipo CECA definido expresamente como Índice de Referencia Sustitutivo en el apartado C) de la cláusula Tercera bis). Y si este último es también uno de los índices que desaparecen, como es el caso, lo que procedería, conforme a la D.A. 15ª es la aplicación del IRPH Entidades, no de un segundo y supuesto tipo sustitutivo. Supuesto porque realmente no se define como tal en la cláusula Tercera bis. Y no es aplicable esta sustitución porque conforme a la D.A. 15ª mencionada no procede aplicar mas índice sustitutivo de segundo grado (o sustituto del sustituto) que el IRPH Entidades.

Por tanto, habiendo desaparecido el índice IRPH Cajas y el tipo CECA, no hay otra práctica ajustada a la norma que no sea, en principio, el IRPH Entidades.

Sin embargo, esto sería así por efecto legal, es decir, por estricta aplicación del apartado 3 de la D.A. 15ª de al Ley 14/13, si la cláusula inicial que se sustituye fuera válida. Si no lo es, por resultar una condición general de la contratación en el ámbito de un contrato de adhesión con consumidores de carácter abusiva, el efecto es la expulsión de la misma del contrato sin posibilidad alguna de integración. Adviértase que el carácter abusivo viene determinado no solo por un examen del contenido de la cláusula, sino que también puede ser abusiva por falta de transparencia.

QUINTO

La STJUE de 11.06.2015, aclara que la no aplicación efectiva de una cláusula no impide que el juez nacional aprecie su carácter abusivo.

"49Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado30).

50Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

51No obstante, debe recordarse que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor y un profesional. Por otro lado, el artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa."



Es decir, el hecho de que la cláusula concreta cuestionada no haya sido aplicada de forma efectiva por la entidad, no impide apreciar su carácter abusivo y por tanto su nulidad y expulsión del contrato, si bien, para apreciar el carácter abusivo, debe tratarse de una condición que cause en detrimento del consumidor un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las circunstancias que concurrieron en su celebración.

Se refiere el Tribunal al carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado en virtud del análisis de su contenido y no expresamente por falta de transparencia. Sin embargo, como ha aceptado incluso el TS nacional, la falta de transparencia en las cláusulas predispuestas e impuestas en los contratos con consumidores conecta directamente con la abusividad de las mismas.

Por ello, no veo inconveniente en extender el razonamiento del TJUE a supuestos como el que nos ocupa. No tratamos de una cláusula que no se haya aplicado todavía en la relación contractual. Se vino aplicando en el contrato de subrogación de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 26 de junio de 2007

. Aplicando el razonamiento del TJUE citado nada impide someter a control de abusividad, de transparencia exactamente, las cláusulas impugnadas, que es lo que pide la demanda.

SEXTO

- Las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación.

Para considerar una cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

La Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014, señala que: "Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009 , 09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLRUCU, según el cual "(e) empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

En el ámbito de la contratación de productos financieros en los que interviene una entidad financiera y un consumidor, todas las cláusulas financieras son condiciones generales de la contratación salvo que el empresario predisponente acredite que una cláusula concreta ha sido objeto de negociación. No lo acredita de ningún modo la entidad demandada. Podrá decirse que no puede acreditarlo cuando ha transcurrido tanto tiempo como en este caso desde la contratación hasta la reclamación judicial, pero hay que estar a las reglas de la distribución de la carga probatoria en cada caso. Reglas que no establecen en realidad quién tiene que probar qué, sino quien debe padecer las consecuencias de que algo no se pruebe. En este caso, la conclusión es clara. Solo puede concluirse que las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación porque no hay prueba alguna de que fueran negociadas individualmente. Negociación individual que no es equivalente a un supuesto conocimiento de las cláusulas, ni al hecho de poder aceptar o rechazar una oferta global que la entidad pueda emitir al potencial cliente. Lógicamente tal prueba no puede venir dada por el testimonio o declaración de un empleado de la propia entidad sobre la que pesa la carga probatoria. Debe basarse en prueba objetiva que no existe.

Por otro lado, no hay obstáculo alguno a la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y normativa nacional y comunitaria de protección del consumidor. Desde luego no lo es lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

La primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales: "-reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Se basa la demandada en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las Cajas sobre cuya base elaboraba el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12).

Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice IRPH Cajas en su día un índice oficial, no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo del demandante obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define por el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna.

Por tanto no puede admitirse que no le sea aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma .

SÉPTIMO

Control de transparencia.

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014, que ya adelantaba en S. de 09.05.2013 y ha reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015, de 29.04.2015 y de 23.12.2015 :

" 6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo

general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)).

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe

proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

La S.AP Álava de 10.03.2016, recuerda en relación al doble control de transparencia, lo dispuesto por el TS en S. de 09.05.2013, parágrafos 210 y ss:

"-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".

Y añade: " *El Tribunal concluye (apartado 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.

Por otra parte, la STS de 8 de septiembre de 2014 en relación a este tema(FJ 2º, apartado 9) dice: *"-no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del*



préstamo"

Volviendo a la STS 9 de mayo 2013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

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

(-)

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Y cita al respecto el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13."

No hay documentación alguna que refleje que se proporcionara a los prestatarios información completa que les permitiera alcanzar una comprensibilidad real de las cláusulas hoy impugnadas.

Sabemos que conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH Cajas es 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 iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por las cajas de ahorros. Del mismo modo se define en la Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA/2899/2011.

El tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros, también conocido como indicador CECA o tipo activo se define como "el noventa por ciento, redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos personales formalizados mensualmente por plazos de un año a menos de tres años y a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre formalizados mensualmente por plazos de tres años o más".

No hay prueba objetiva alguna que permita concluir que la entidad proporcionara a los prestatarios información que les permitiera valorar si les interesaba un préstamo referenciado a IRPH y tipo CECA o un préstamo referenciado a Euribor; información que permitiera al prestatario conocer cómo se elaboran estos índices, qué evolución histórica han tenido, su comparativa con otros índices oficiales como el más utilizado Euribor, simulaciones que le permitieran constatar la evolución razonablemente previsible de un préstamo referenciado a IRPH y uno referenciado a otro índice, y en fin, información completa que les permitiera alcanzar una comprensibilidad no meramente formal sino real de las cláusulas impugnadas.

Por ello, no se supera el segundo control de transparencia en las cláusulas impugnadas de ambos contratos, lo que lleva a declarar la nulidad de las mismas por abusivas.



OCTAVO

- Partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. El art. 10.1 LCGC establece que 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.

El apartado 2 del mismo precepto señala que 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.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo, señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE es insistente en la misma interpretación del art. 6 de la Directiva 93/13. Por citar una Sentencia reciente, la de 11.06.2015, señala:

"33En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Bruse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)".

También lo viene diciendo la AP de Álava. Así, en Auto de 17.11.2015 :

"A pesar de lo que sostiene Caixabank S.A., la imposibilidad de que una cláusula abusiva, y por lo tanto nula, surta efectos, viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las razones son claras. El principio de no vinculación que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, supone que no puede oponerse al consumidor una cláusula que merezca tal calificación. El precepto indica: " *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*". Rotundamente, por tanto, quedan obligados los Estados miembros a evitar que sus normas produzcan el efecto de vincular al consumidor, incluso parcialmente, a las previsiones de cláusulas que hayan podido declararse abusivas.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE) de 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, dispone en apartado 59 que " [-] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ". Otro tanto expresan las STJUE 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto, y 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja.



Celtibérica Asesores, S.L.
B-86747672

La STJUE 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja, en § 28 recalca, ya sin ceñir la cuestión a una cláusula penal, que " - en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y a un profesional de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57) ".

Además explica la jurisprudencia del TJUE las razones por las que no cabe integración judicial de una cláusula nula. Dice la STJUE 30 de mayo de 2013, C- 488/11, asunto Asbeek Brusse y de Man Garabito, en su apartado 58 que " si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (sentencia 14 junio 2012, C- 618/10, Banco Español de Crédito, apartados 66 a 69) ". El predisponente que utiliza cláusulas abusivas tendría una ventajosa posición si, percibido el tribunal de esa inadmisibles previsión contractual, la integra o sustituye por otra a niveles aceptables, ya que no se produciría el efecto de disuasión que persigue la directiva, y además se perjudicaría al empresario predisponente que no las ha utilizado por atender la previsión normativa. El incumplidor no puede verse beneficiado, ni siquiera en el ámbito de la competencia, de modo que la norma tutela a consumidores y garantiza la competencia leal.

La consecuencia de esa interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es que el derecho nacional de cada estado miembro no puede prever, pues no cabría una interpretación contraria a dicho precepto, un régimen legal que no excluya plenamente la aplicación de una cláusula que se considerara abusiva. Si no cabe ley que disponga esa moderación, menos aún será susceptible de ser integrada, es decir, moderada, por un tribunal, evitando de ese modo el efecto de no vinculación al consumidor de las cláusulas consideradas como abusivas.

Ya hemos dicho todo esto en muchas ocasiones. Así, en el AAP Álava, Secc. 1ª, de 11 de septiembre 2014, rec. 232/14, donde explicábamos que " si la cláusula se considera abusiva, no surte efecto, y por lo tanto, no puede aplicarse como de manera constante refleja la jurisprudencia que recogen las STJCE 27 junio 2000, caso Océano, C-240, 241, 242, 243 y 244/98; STJCE 26 octubre 2006, caso Mostaza, C-168/05; STJUE 4 junio 2009, caso Pannon, C-243/08; STJUE 6 octubre 2009, caso Asturcom, C-40/08; STJUE 14 junio 2012, caso Banesto § 45, C- 618/10; STJUE 21 enero 2013, caso Banif, C-472/2011; STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz, C-415/11; STJUE 30 mayo 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, C-488/11 y otras posteriores ".

En el mismo sentido nos hemos pronunciado, también en AAP Álava, Secc. 1ª, de 3 marzo 2014, rec. 27/2014, 22 de septiembre 2009, rec. 275/2014, 24 septiembre 2014, rec. 268/2014, 9 diciembre 2014, rec. 385/2014, 19 diciembre 2014, rec. 400/2014, entre otros. Así lo sostienen, igualmente, el AAP Castellón, Secc. 3ª, 18 diciembre 2013, rec. 455/2013, SAP Girona, Secc. 1ª, 3 marzo 2014, rec. 1/2014, la SAP Palma de Mallorca, Secc. 3ª, de 25 julio 2014, rec. 108/2014, o el AAP Pontevedra, Pleno, 30 octubre 2015, rec. 504/2015 ".

Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al IRPH Cajas y al tipo CECA. Considero que el mecanismo de sustitución previsto en la D.A. 15ª no resulta aplicable por cuanto la no aplicabilidad del IRPH Cajas y del tipo CECA no viene determinada ya por el hecho de haberse dejado de publicar tales índices, sino por la declaración de abusividad que se efectúa en esta sentencia al acoger el suplico de la demanda. Se produce la misma situación que cuando se declara el carácter abusivo de un interés de demora y la entidad financiera pretende la aplicación del tipo (límite) previsto en el art. 114 LH. La misma respuesta que viene dando la AP a dicha posibilidad, cabría dar aquí. No se trata de aplicar los mecanismos de sustitución previstos en una norma jurídica a una cláusula válida, sino de los efectos propios de la nulidad de una cláusula abusiva; expulsión del contrato y no integración.

Además de la expulsión de las meritedas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en



nuestro caso materia de las cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable en los dos préstamos.

Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades (art. 1108 CC) desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC a partir de la presente sentencia.

NOVENO

.- Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO la demanda interpuesta por la representación de D^a frente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. DECLARO:

La nulidad de las cláusulas QUINTO III de los contratos documentados en escrituras públicas de SUBROGACION DE PRESTAMO HIPOTECARIO Y AMPLIACION DEL PRESTAMO suscritos entre las partes en fecha 26 de junio de 2007 en cuanto establecen como índices de referencia a aplicar en los mismos el IRPH Cajas y como índice sustitutivo el Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorros (CECA), manteniendo la vigencia de los contratos con el resto de sus cláusulas.

Y CONDENO a la demandada:

-A estar y pasar por las declaración anterior, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo los contratos su vigencia con las restantes.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

Se condena en costas a la demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BARCELONA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 04 041615, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15^a de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.