



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6
Plaza del Adelantado s/n
San Cristóbal de La Laguna
Teléfono: 922 92 43 02-03
Fax.: 922 92 43 85
Email.: instancia6.lagu@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000548/2016
NIG: 3802342120160004611
Materia: Reclamación de Cantidad
Resolución: Sentencia 000019/2017
IUP: CR2016030086

Intervención:
Demandante

Interviniente:

Abogado:
Pedro Miguel Revilla Melian

Procurador:
Rosario Hernandez
Hernandez

Demandado

BANCO BILBAO VIZCAYA
ARGENTARIA S A

Nicolas Brondo Kunkel

Claudio Jesus Garcia Del
Castillo

ROSARIO HDEZ NOTIFICADO 24.1.17

SENTENCIA

En San Cristóbal de La Laguna, a veintitrés de enero de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, **Dña. RAQUEL DÍAZ DÍAZ**, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº Seis de los de esta ciudad y su partido judicial, los autos de **Juicio Ordinario núm. 548/2.016**, seguidos a instancia de D _____, representada por la Procuradora Dña. Rosario Hernández Hernández y asistida por el Letrado D. Pedro Miguel Revilla Melián, contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S. A., (BBVA), representada por el Procurador D. Claudio García del Castillo y asistida por el Letrado D. Nicolás Brondo Kunkel, que versan sobre acción de nulidad de cláusulas contractuales, dicto la presente en base a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora se presentó demanda contra la referida demandada, basada en los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y consta en las presentes actuaciones, solicitando se dictase sentencia por la que: 1) Se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por su falta de transparencia, de la condición general de la contratación recogida en la cláusula “3ª BIS.1. *Periodo de interés variable*”, que referenció el contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, - suscrito con fecha 8 de mayo de 2.003- al índice “*Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres a años de bancos*”, vulgarmente conocido como “*IRPH Bancos*”, y como sustitutivo, al “*Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito*”, conocido vulgarmente como IRPH Conjunto de entidades”. 2) Se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por su falta de transparencia y tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de contratación recogida en la cláusula “3 BIS.3. *Límites a la variación del tipo de interés*” del contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, suscrito por las partes con fecha 8 de mayo de 2.003 relativa a la cláusula suelo, donde dice “*El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso (...) ni inferior al 3,50% nominal anual*”. 3) Condenando a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, teniendo por no puestas las cláusulas en cuestión, debiendo de abstenerse en su aplicación en los sucesivos, y condenándola a que como efecto restitutorio de la declaración





de nulidad devuelva a la parte actora las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas, así como las que pudiera cobrar en virtud de la aplicación de las mismas durante la tramitación del presente procedimiento. Las anteriores cantidades se determinarán en ejecución de sentencia y serán las que resulten de restar al importe de las liquidaciones efectuadas por la entidad financiera, el importe de las liquidaciones que se deberían haber efectuado sin tener en cuenta la aplicación de las cláusulas declaradas nulas. 4) Condenando a la demandada al abono de los intereses legales desde la fecha en que se cobraron indebidamente dichas cantidades, incrementados en dos puntos desde que se dicte sentencia. 5) Se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación recogida en la cláusula “6ª.- INTERESES DE DEMORA.” *relativa a que “Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6ª bis, un interés de demora del diecinueve por ciento nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos, acumulables al principal en sus fechas de liquidación, capitalizándose los intereses vencidos y no satisfechos de forma que, como aumento de capital, devenguen nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido. Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento.”* del contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, suscrito con fecha 8 de mayo de 2.003. 6) Declarando subsistente el resto de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en cuestión. 7) Condenando asimismo a la entidad demandada al pago de las costas procesales del juicio por vencimiento objetivo y haber sido requerida previamente.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada a fin que contestara la misma en tiempo y forma, presentando escrito de contestación a la demanda, en el que se oponía a la misma solicitando su desestimación respecto a la declaración de nulidad de pleno derecho de la cláusula “3ª BIS.1. *Período de Interés Variable*”, estime la excepción de cosa juzgada planteada respecto a la acción declarativa de nulidad de la cláusula suelo, respecto a la reclamación de cantidad dicte sentencia desestimatoria, y respecto a la cláusula de intereses de demora declare la nulidad respecto del exceso del interés remuneratorio, dejando dicho interés remuneratorio como el aplicable de conformidad con la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 25 de marzo de 2.015, en la STS de 23 de diciembre de 2.015 y resto de argumentación, todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la celebración de la audiencia previa, ésta tuvo lugar el día 20 de octubre de 2.016, en la que las partes afirmaron y ratificaron sus escritos de alegaciones, e hicieron las aclaraciones que tuvieron por convenientes, así como solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Por S. Sª se acordó haber quedado correctamente fijada la cuantía del procedimiento en la demanda, y la resolución de la excepción de cosa juzgada en sentencia, y habiendo interesado las partes la apertura de periodo probatorio, se resolvió en el acto acerca de su admisión.

CUARTO.- El acto de juicio tuvo lugar el día 19 de enero de 2.017, al que asistieron ambas partes, practicándose la prueba propuesta y admitida, con el resultado orante en autos,





quedando las actuaciones vistas para dictar sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Promueve la parte actora la presente demanda indicando, en esencia, que el día 8 de mayo de julio de 2.003 suscribió un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad demandada, para la reforma y rehabilitación de una vivienda unifamiliar de su propiedad. En la escritura de préstamo hipotecarios se incluyeron cláusulas que deben ser consideradas abusivas, como son la relativa al índice de referencia fijado, la que establece un límite a la variación de los tipos de interés, comúnmente conocida como cláusula suelo, y la que regula los intereses de demora.

Se opone a dicha reclamación la parte demandada manifestando, en primer lugar, que la cláusula relativa al índice de referencia es válida; que en relación a la que establece los límites a la variación del tipo de interés concurre cosa juzgada respecto a las SSTS de 9 de mayo de 2.013 y 25 de marzo de 2.015; y en relación a la que fija los intereses de demora también concurre cosa juzgada respecto a la declaración de nulidad del exceso del interés remuneratorio y sus efectos, tras las SSTS de 22 de abril de 2.015 y 23 de diciembre de 2.015. En cualquier caso, considera que las cláusulas no son abusivas porque la parte actora pretende declarar la nulidad de una cláusula que lleva desplegando sus efectos desde hace varios años, resultando que todos los pactos contenidos en el contrato son lícitos y válidos. Por otro lado, argumenta que la parte actora fue informada suficientemente, sin concurrir falta de transparencia ni desequilibrio entre las partes, estando redactadas las cláusulas con claridad y sencillez, además de tener en cuenta que en el momento de la firma de la escritura pública el Sr. Notario hizo todas las advertencias oportunas.

SEGUNDO.- En primer lugar, por lo que respecta a la **excepción de cosa juzgada** invocada por la parte demandada en relación, principalmente, a la STS de 9 de mayo de 2.013, debe señalarse que, la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias dictadas por los Juzgados y Tribunales en procesos incoados en virtud del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, o de cualesquiera otros legitimados, es una cuestión polémica tanto en lo que se refiere a la eficacia de la sentencia respecto a otros consumidores que no intervinieron en el procedimiento y que pudieran resultar afectados por las cláusulas discutidas o con relación a otros contratos celebrados por las entidades que fueron parte en el pleito o por otras que no fueron parte pero que utilizan cláusulas análogas a las que fueron declaradas nulas.

Precisamente, para evitar las dudas que sobre la eficacia respecto de terceros pudiera suscitar la declaración de nulidad de una cláusula contractual, el artículo 221.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil faculta al Tribunal para determinar si la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente o, por el contrario, los efectos de limitan a quienes fueron parte en el concreto proceso.

En el supuesto enjuiciado, el Tribunal Supremo aborda de manera expresa el problema en el fundamento de derecho décimo noveno y lo resuelve en los siguientes términos:

“298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio, la defensa de los intereses





colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa. 299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC -"[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "- y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. 300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos."

Y al resolver el incidente de nulidad planteado por varias demandadas contra la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo declara (cfr. el FD 6, apartado 4º del Auto de 6 de noviembre de 2013): "4.- La alegación de que la sentencia cuya nulidad se solicita produce indefensión a las demandadas porque no pueden defenderse en otros litigios individuales o colectivos mientras que otras entidades sí pueden hacerlo, es inconsistente. Las demandadas han gozado de todas las garantías propias del proceso contradictorio, en igualdad de armas procesales y sin indefensión. La sentencia dictada efectúa un control abstracto y general de la validez de las condiciones generales que produce los efectos propios de una sentencia de esta naturaleza (artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en los términos precisados en la propia sentencia. Las demás entidades bancarias, si son demandadas en acciones individuales o colectivas por la utilización de cláusulas abusivas, habrán de gozar de los mismos derechos de defensa de los que han gozado las demandadas en el presente litigio. Ninguna indefensión se deriva de la existencia de acciones colectivas y de los efectos que las leyes procesales atribuyen a las sentencias que sobre ellas se dictan."

La STS 139/2015, de 25 de marzo, abordó de nuevo esta cuestión, también con relación a los efectos de la STS 341/2013, acotando en los términos expuestos la eficacia de la cosa juzgada:

" 1. La doctrina, a raíz del dictado y publicación de la Sentencia de Pleno de la Sala de 9 de





mayo de 2013, se ha planteado por ser esta fruto del ejercicio de una acción colectiva, si produce efecto de cosa juzgado en un posterior proceso en el que se ejercita una acción individual referida a la misma condición general de la contratación. 2. Se han postulado varias soluciones a la interrogante: i) Quienes entienden, y alguna resolución así lo avala, que más que cosa juzgada lo que se produce es una carencia sobrevenida del objeto, pues no tendría sentido pronunciarse nuevamente sobre una condición general que ya había sido declarada abusiva en un proceso anterior; ii) Quienes opinan que, frente a la regla general que consagra la vinculación subjetiva a las partes en el proceso (*res iudicata inter alios*), en estos supuestos la cosa juzgada se extiende más allá de las concretas personas que intervinieron en el procedimiento, afectando también a quienes sean titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LEC, de manera similar a lo que ocurre con las sentencias recaídas en los procesos de impugnación de acuerdos sociales, que afectan tanto a los socios intervinientes en aquél como a aquellos que no intervinieron. Consecuencia de lo anterior sería que no fuese necesario que el consumidor fuera parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general de la contratación que le afecte, ya que la sentencia que así lo declare extenderá sus efectos sobre el mismo, tanto en el aspecto positivo como en el negativo de la cosa juzgada. De ahí que el artículo 519 LEC establezca un incidente específico para que en tales supuestos el consumidor pueda solicitar su reconocimiento como «beneficiario» de dicha sentencia e interesar su ejecución, sin que tenga que entablar un nuevo proceso con idéntico objeto; iii) Se añade por ese sector doctrinal que se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada positiva o prejudicial, pues ha de tenerse presente también la vinculación de la sentencia para los Tribunales posteriores, como se deriva tanto de lo dispuesto para este tipo de acciones en los artículos 221.1 y 222.3 y 4 LEC, como con carácter general en los artículos 400 y 421 LEC tesis avalada por alguna resolución judicial; iv) Finalmente cabe decir que la Sala en Sentencia de 17 de junio de 2010 estableció que: a) será la sentencia recaída en el proceso de acción colectiva la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso; y b) prevé el supuesto en que no se hubiese procedido así. 3. A partir de las anteriores tesis doctrinales, procede descender a los pronunciamientos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 para fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto de los efectos de la declaración de nulidad, a fin de indagar si la cláusula de esta concreta litis, cuya nulidad se ha postulado por entenderse abusiva, se encuentra inserta en el ámbito de la acción de cesación objeto de aquella sentencia o, por el contrario, es similar pero no de las específicamente enjuiciadas predispuestas por las entidades contra las que se dirigió la acción de cesación. 4. La sentencia citada de Pleno afirma con rotundidad en su párrafo 300 que se ciñe "[...] a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas[...]", razonando que pese a que la demandante interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, es por lo que la Sala se ve obligada a ceñirse a las antes mencionadas. Ello naturalmente no empece a que al enjuiciarse cláusulas de esta naturaleza no idénticas, y así se vienen pronunciando con profusión los Tribunales, se analicen aplicando la doctrina de la Sala, para decidir si incurren o no en abusividad."

En el ámbito comunitario, con ocasión de examinar los efectos frente a terceros de la





sentencia dictada en un proceso en el que se sustancia una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012 señaló que *"no se opone a que la cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores por una entidad designada por el Derecho Nacional surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación"*.

Más una cosa es que la legislación nacional prevea tal extensión de efectos y otra muy distinta que la decisión adoptada en el proceso que resuelve una acción colectiva tenga automáticamente efectos de cosa juzgada respecto del proceso en que se ejercita una acción individual de nulidad.

En suma, los efectos de la sentencia de 9 de mayo de 2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las *"cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos"*, lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración, y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad.

En el caso enjuiciado, resulta que la entidad demandada había sido parte en el proceso apuntado, y asumió extrajudicialmente que la cláusula "suelo" de la escritura de préstamo hipotecario suscrito entre ambos era nula y procedía a eliminarla del contrato con efectos desde la fecha de la sentencia, de modo que, a partir del mes de mayo de 2013 ya no la aplicaría al préstamo hipotecario, y, coincidiendo con la liquidación del nuevo tipo de interés eliminaron la cláusula suelo, véase documento nº 4 de la demanda, sin que, sin embargo, conste si la entidad financiera procedió a reliquidar el préstamo, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

No estamos, pues, ante un supuesto de cosa juzgada, puesto que la declaración de nulidad no se extiende erga omnes y respecto de cualquier cláusula limitativa de la variación de los tipos de interés, sino respecto de determinado tipo de cláusulas empleadas por las entidades que se citan (entre ellas, la demandada) y que reúnan las características o se hayan incorporado en las circunstancias que se establecen.

Si la demandada consideró que la cláusula 3ª bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre ambas partes estaba afectada por la declaración de nulidad y decidió renunciar a su aplicación con efectos de 9 de mayo de 2013, tal actuación es acorde a derecho pero no guarda relación con la figura de la cosa juzgada.

TERCERO.- Descartada la cosa juzgada, y reconocida por la parte demandada la **nulidad de la cláusula suelo** (página 22 de su escrito de contestación a la demanda), el debate se reconduce a determinar cuáles son los efectos derivados de la declaración de nulidad, y, más concretamente, la fecha a la que se retrotrae la nulidad, esto es, si debe estarse al momento de celebración del contrato -como interesa la parte demandante-, o a la fecha de publicación





de la primera de las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que acordó la nulidad por falta de transparencia -como defiende la demandada.

Pues bien, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el pasado 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15 , Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U., C-307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu Sentencia (ECLI: EU:C:2016:980), ha clarificado, de forma definitiva, el debate sobre el momento a partir del cual despliega sus efectos la nulidad de las cláusulas que se declaran abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

La mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016 establece: " 61. *De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.* 62. *De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.(...)* 66. *Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva. (...) 74 *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 , EU:C:2010:581 , apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14 , EU:C:2016:278 , apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14 , EU:C:2016:514 , apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14 , EU:C:2016:835 , apartados 67 a 70).*"*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve así, de forma clara y contundente, que no cabe limitar en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad sin contravenir el Derecho comunitario, fijando una doctrina jurisprudencial que se superpone a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al versar sobre la aplicación del Derecho comunitario, tal y como se prevé en el Tratado de la Unión Europea y recoge ahora de forma expresa el artículo 4 bis LOPJ, tras la reforma llevada a cabo por LO 7/2015, de 7 de junio.





CUARTO.- En orden a la apreciación de **nulidad de la cláusula 3ª Bis**, que referenció el contrato de préstamo hipotecario al índice “Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de bancos”, conocido como **IRPH Bancos**,

El artículo 1 LCGC establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas 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. La STS de 9 de mayo de 2.013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes: a) *Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.* b) *Predisposición: la cláusula ha de estar 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.*

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones 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 estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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 (apartado 165). En el mismo apartado también dice que 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, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): " De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: 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 o 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".

Sobre la negociación de la cláusula alegada en este mismo motivo dice el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1.993, que "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. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del artículo 82 RDL 1/2007 establecen que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Lo que significa que corresponde a la demandada aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.

La STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. Lo mismo señala la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015.

Si aplicamos esa doctrina al caso de autos, la demandada acompaña al escrito de contestación a la demanda la oferta vinculante que facilitó a su cliente, en la que recoge el capital objeto de préstamo, el interés ordinario, el de demora, plazo de amortización y otras condiciones. En particular constaba la referencia al IRPH, con margen sobre el índice 0,00 puntos porcentuales. Es BBVA quien redacta la cláusula tercera, encontrándonos, por tanto, ante una cláusula predispuesta e impuesta, es decir, ante una condición general, idéntica a la de otros muchos contratos.

Por la parte demandada se asegura que el hecho de que se emitiera oferta vinculante y remitiera a la notaría acredita la negociación. Tal afirmación no puede compartirse, porque lo que pone de manifiesto es que se emite la oferta, que coincide con lo que luego recogerá el





préstamo, se dirige al fedatario público y ésta hace constar en la escritura su existencia y términos. Pero esos datos no ponen de manifiesto que hubiera negociación previa, sino los términos de la oferta.

Finalmente no hay constancia, aunque lo afirma la testigo aportada por la parte demandada, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, debe considerarse que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada.

QUINTO.- Sobre la posibilidad de efectuar el control de abusividad del índice IRPH, y específicamente, sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo 188 indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13CEE: *las cláusulas que describan el objeto principal del contrato*" y a *"la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom - sino a si son "descriptivas" o "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". 189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato. 190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial."*

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

Establece el art. 4.2º de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) CEE que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". El art. 8 de la misma Directiva establece que "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.". Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13 , sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de





garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2.010 , asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye: "42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.". Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2.012 , y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: " Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE, así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo





equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".

Partiendo de la jurisprudencia mencionada debe entenderse que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la más reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado, concluyendo: *a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.*

Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

La sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia. *"En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa".*

El artículo 5.1 LCGC dispone que *"Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas".* La norma previene además que: *"No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas".*

La oferta vinculante, que podría atender ese requisito de transparencia formal, consta signada por el prestatario, pero no aparece incorporada a la escritura de constitución del controvertido préstamo con garantía hipotecaria, y el notario viene a declarar que se la exhibió y que coincide con las cláusulas estipuladas en la escritura.





Respecto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice el vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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...*". En coherencia con esa consideración su art. 5 establece que en "*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*".

Dice el §211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que para realizar "- *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*".

La demandada argumenta que hubo explicaciones y se facilitó información, pero no hay otra constancia que la oferta vinculante, porque no hay otra prueba de que se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares, salvo por la declaración de la directora de la oficina con la que se concertó el contrato por la parte actora. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta. Pero nada de esto se alega ni consta acreditado. Manifestó la testigo en el acto de la vista, que ofreció a la cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Pero es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, este Juzgador está seguro que si BBVA 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 actora habría optado por el Euribor, más un diferencial.

En definitiva, corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento mucho más ventajoso para los clientes que el finalmente incorporado al contrato.

En este caso sucede otro tanto, porque no hay prueba de tal información que garantice la superación del segundo control de transparencia citado, por lo que, conforme a lo resuelto hasta el momento, procede la estimación de los puntos 1, 2, 3 y 4 del suplico de la demanda.

SIXTO.- Finalmente, la cláusula de intereses de demora los fija en el 19%, procediendo su declaración de nulidad con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 21 de enero de 2.015 y la del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2.015, la Ley 1/2.013 y su





reforma del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, como en cualquier caso admite, parcialmente, la entidad demandada.

Que un montante del 19% para intereses moratorios es excesivo parece que no admite excesivas dudas, aunque se tenga en consideración la dimensión sancionadora de este tipo de intereses por ser respuesta a un incumplimiento por parte del prestatario, lo que significa una "imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (con términos de la sentencia del TJUE de 11 de junio de 2.015).

Esta cuestión ha sido objeto de numerosas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo en los últimos tiempos, ya en supuestos de préstamos ordinarios o hipotecarios. Últimamente, la sentencia de Pleno fechada el 3 de junio de 2.016, con relación a los intereses moratorios en un préstamo hipotecario establecía las consecuencias de su abusividad de la siguiente forma: "Como razonamos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, el interés de demora consiste en la adición de un porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Así concluimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril: «Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada». Y terminaba señalando: "En nuestro caso, la consecuencia lógica es que la liquidación de intereses debía haberse realizado conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo".

En consecuencia, se acoge también el punto 5 del suplico de la demanda.

El pacto de anatocismo es declarado nulo como consecuencia de la previa nulidad de los intereses de demora, como consecuencia de lo establecido por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2.015 que establece su naturaleza accesorio pronunciándose en estos términos: "A tal efecto, no puede obviarse que el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración "arrastra" la validez de la estipulación accesorio, que no puede subsistir independientemente".

En consecuencia, procede estimar íntegramente la demanda.





SEPTIMO.- Según el artículo 394 de la LEC, al resultar estimada íntegramente la demanda, procede hacer expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada.

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

FALLO

Que **estimando íntegramente la demanda** promovida por Dña.

, representada por la Procuradora Dña. Rosario Hernández Hernández, contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S. A., (BBVA), representada por el Procurador D. Claudio García del Castillo:

- 1) Declaro la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por su falta de transparencia, de la condición general de la contratación recogida en la cláusula “3ª BIS.1. *Periodo de interés variable*”, que referenció el contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, -suscrito con fecha 8 de mayo de 2.003- al índice “*Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres a años de bancos*”, vulgarmente conocido como “*IRPH Bancos*”, y como sustitutivo, al “*Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito*”, conocido vulgarmente como *IRPH Conjunto de entidades*”.
- 2) Declaro la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por su falta de transparencia y tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de contratación recogida en la cláusula “*3 BIS.3. Límites a la variación del tipo de interés*” del contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, suscrito por las partes con fecha 8 de mayo de 2.003 relativa a la cláusula suelo, donde dice “*El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso (...) ni inferior al 3,50% nominal anual*”.
- 3) Condeno a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, teniendo por no puestas las cláusulas en cuestión, debiendo de abstenerse en su aplicación en los sucesivo, y condenándola a que como efecto restitutorio de la declaración de nulidad devuelva a la parte actora las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas, así como las que pudiera cobrar en virtud de la aplicación de las mismas durante la tramitación del presente procedimiento. Las anteriores cantidades se determinarán en ejecución de sentencia y serán las que resulten de restar al importe de las liquidaciones efectuadas por la entidad financiera, el importe de las liquidaciones que se deberían haber efectuado sin tener en cuenta la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.
- 4) Condeno a la demandada al abono de los intereses legales desde la fecha en que se cobraron indebidamente dichas cantidades, incrementados en dos puntos desde que se dicte sentencia.
- 5) Declaro la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por tener el carácter de cláusula abusiva, de la condición general de la contratación recogida en la cláusula “*6ª.- INTERESES DE DEMORA.*” relativa a que “*Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6ª bis, un interés de demora del diecinueve por ciento nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos, acumulables al principal en sus fechas de*





liquidación, capitalizándose los intereses vencidos y no satisfechos de forma que, como aumento de capital, devenguen nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido. Las cantidades resultantes como intereses de demora se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento.“ del contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, suscrito con fecha 8 de mayo de 2.003.

6) Declaro subsistente el resto de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en cuestión.

7) Todo ello con expresa imposición a la entidad demandada de las costas procesales del juicio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer, ante este Juzgado y para ante la Audiencia Provincial, recurso de apelación en el plazo de **VEINTE DÍAS** desde la notificación de esta resolución, previa constitución de depósito, de conformidad con la Disposición Adicional Décimo-quinta, de la LOPJ, conforme redacción de la LO 1/2009, de 3 de Noviembre.

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

E/.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

