



Juzgado de Primera Instancia nº 07 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 6 - Barcelona - C.P.: 08003

TEL.: 935549407
FAX: 935549507
EMAIL: instancia7.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158203266

Procedimiento ordinario 743/2015 -1B

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 07 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Joana M^a Miquel Fageda

Abogado/a: Arcadi Sala-Planell Esqué

Parte demandada/ejecutada: CAJA RURAL DE

ALMERIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO

Procurador/a: Olanda Lopez Graña

Abogado/a: Mario Miralbell Guerin

SENTENCIA Nº 33/2017

Barcelona, 6 de febrero de 2017

JOSEP LLOBET AGUADO, magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, he visto las presentes actuaciones de juicio ordinario, entre las partes más arriba referenciadas, donde constan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso demanda de juicio ordinario contra la parte demandada en ejercicio de acción de ineficacia contractual y de reclamación de cantidad, en la que, tras el relato de hechos e invocación de fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, acabó finalizando se dictase sentencia de acuerdo con el suplico de la misma.

Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó en tiempo y forma, y se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio.

SEGUNDO.- La audiencia previa tuvo lugar el día señalado. Seguida la audiencia por sus finalidades con el resultado que es de ver en soporte audiovisual unido, se señaló día para la celebración del juicio y, celebrado, las actuaciones quedaron vistas para sentencia.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. Síntesis de las alegaciones y pretensiones de las partes.

Mediante la demanda rectora de este procedimiento persigue en apretada síntesis la parte accionante, según su suplico, y con determinadas variantes en función de las diferentes peticiones que formula con carácter subsidiario, que se declare la nulidad del pacto tercero relativo al interés fijado (IRPH), por ser una condición general abusiva, que no supera el doble control de transparencia, o bien por mediar vicio del consentimiento (error) con los consiguientes efectos restitutorios y la imposición de costas a la demandada.

También se solicita la nulidad por abusivas o por concurrir error vicio del consentimiento de las cláusulas relativas al redondeo al alza, a los intereses de demora

La entidad demandada se opuso a la reclamación defendiendo que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales, que no adolecen de falta de transparencia, que no pueden considerarse abusivas y que existió adecuada información.

SEGUNDO.- Sobre la calificación de condiciones generales de las cláusulas impugnadas.

La demandada niega que se trate de condiciones generales y afirma que fueron negociadas individualmente.

De conformidad con el art. 1 de la ley 7/1998, en redacción vigente en la fecha de celebración del contrato objeto de estas actuaciones (01.08.2000), "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".

En el mismo sentido, el art. 10.2 de la entonces vigente ley 26/1984, disponía que "a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate".





En principio, siendo una entidad financiera la demandada y estando entre su actividad habitual la concesión de préstamos, puede presumirse (art. 386 LEC) que las condiciones utilizadas en el contrato de autos han sido pre redactadas con la entidad para ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Existiendo esta presunción, corresponde a la parte demandada el practicar prueba en contrario (art. 386.2 LEC en relación con el art. 385.2 del mismo texto legal), lo cual es también congruente con el principio general en materia de carga probatoria para el demandado (art. 217.3 LEC) y con el principio de mayor facilidad y disponibilidad probatorias (art. 217.7 LEC).

En el supuesto enjuiciado, sostiene la demandada que las cláusulas fueron objeto de negociación individual.

No obstante, con la prueba que consta en autos no puede llegarse a tal conclusión.

Por un lado, el hecho de que hubiera oferta vinculante no implica *per se* que hubiera una negociación previa.

Tampoco se puede entender probado, a través de la testifical, que hubiese una previa negociación, pues el director de la oficina dice que se dio una oferta vinculante y que se negoció el diferencial. Salvo esta referencia concreta al diferencial, no existe ningún otro extremo sobre el que conste negociación previa. A esta conclusión (que no hubo negociación previa) no se opone que, en su caso, se diese completa información, pues son aspectos distintos negociar e informar. Incluso, que hubo negociación sobre el diferencial no resulta del todo creíble, no sólo porque es la única prueba al respecto, sino también porque no se ha justificado cuáles eran (si es que se aplicaban) los diferenciales que se aplicaban en otros casos.

Conclusión de todo lo que precede es que cabe calificar todas las cláusulas impugnadas como condiciones generales.

TERCERO.- Sobre el control de abusividad, en relación al IRPH, y el carácter manipulable del tipo de referencia.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1.993 dispone 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".

No parece que, a la luz de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (reiterada por STS 8.09.14 y 23.12.15), sea discutible que las cláusulas litigiosas, que determinan cual es el tipo variable aplicable a la operación, forman parte del precio y que por ello no cabe un control de abusividad, entendido como control de contenido, esto es, si existe o no un desequilibrio de prestaciones o de derechos y obligaciones entre

Codi Segur de Verificació: 3T70W6J7BA0K5V6CXBBYF2HM5CJIB8FL

Signat per LLOBET AGUADO, JOSEP.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultacSV.html>

Data i hora 06/02/2017 18:08





las partes.

Dice la STS de 9.05.13:

"(...)" 2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a 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 [...]".

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], 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".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice 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", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y





861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula , no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

Lo anterior determina (SAP Barcelona, Secc. 16, de 26.04.16) que debe "prevalecer el principio de libertad de precios que rige en toda economía de mercado y de liberalización de intereses, al estar ante un contrato bilateral, con causa onerosa y que genera obligaciones recíprocas para ambas partes" y el rechazo "sin más trámites el argumento de la actora relativo al posible desequilibrio de prestaciones que genera el IRPH por la capacidad de influencia en su resultado que tiene una de las partes y no la otra, sin que decir tiene que se trata de un índice oficial, fijado por el Banco de España y que se publica en el BOE".

El IRPH Cajas era, hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre , uno de los índices oficiales previstos originariamente en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

El IRPH Entidades está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 al delegarse en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

El IRPH Cajas participa del mismo concepto, si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA/2899/2011.

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las





entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12).

Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

Como señalan las SAP Guipúzcoa de 10.07.15, 6.03.15 ó 24.04.15, y SAP Zaragoza 10.02.16, "el hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

"No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".





A mayor abundamiento, y siguiendo a la SAP Barcelona, Secc. 15, de 28.04.96 (núm. 98/16), y sin perjuicio de reiterar cuestiones expuestas más arriba, debe concluirse que no se aprecian, en relación a la cláusula de interés variable, infracciones de la normativa bancaria ni de consumo. En supuesto equiparable, dicha sentencia dice:

"(...)Transcritos los preceptos que la demandante estima infringidos, no podemos compartir los argumentos de la demandante. El IRPH se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. No existe, por otro lado, prueba alguna que acredite una práctica concertada entre entidades con peso específico para incidir en la fijación del IRPH y mucho menos que el índice, que está bajo el control y supervisión del Banco de España, haya sido manipulado.

La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 estableció que " *el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente*". A tal efecto la Circular 5/1994, de 22 de julio, definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable y lo hizo, según expresa su exposición de motivos, para garantizar la objetividad de su cálculo y su difusión a los prestatarios. La Circular contempla seis tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (anexo VIII). El apartado segundo, en concreto, se refiere el " *tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro*", comúnmente conocido como el IRPH Cajas, que es el pactado en este caso. Es definido como " *la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.*"

La *disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores*, dispone la desaparición, con efectos del 1 de noviembre de 2013, de los siguientes tipos de referencia:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- 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.

La desaparición del tipo de referencia pactado implica la aplicación al contrato del índice de referencia sustitutivo, si existe (y no se ve afectado también por la desaparición de referencias, como ocurre en este caso). El apartado tercero de la misma norma establece que " *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."

En definitiva, el IRPH de las Cajas se ha venido determinando bajo el control y la supervisión del Banco de España, a través de un proceso riguroso y objetivo. Se conformaba, hasta su desaparición, a partir de la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades, por lo que no podemos aceptar que una sola de ellas fuera determinante en su fijación. En nuestro caso, además, la demandada no tiene la condición de Caja de Ahorro y, por tanto, no ha participado en la elaboración del índice.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento:

" Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos."

Tampoco nos consta, como hemos adelantado, que las Cajas de Ahorro hayan actuado de forma concertada o que el índice de referencia haya sido objeto de manipulación. No estimamos suficiente, a estos efectos, el informe acompañado como documento 3 a la demanda, de London Finance & Consulting Group, cuyo autor, Don José Luis Cantón Villegas, no lo ha ratificado y, por tanto, no se ha sometido a contradicción y a la valoración de las partes. El informe, por otro lado, se refiere en mayor medida al Euribor, del que se destacan las "sospechas" y los procesos de investigación abiertos en Europa. El informe se extiende en reproducir recortes de prensa y diarios digitales. En cuanto al IRPH, el autor del informe parece vincular la influencia de las Cajas en la reducción progresiva de entidades de crédito, que pasaron de 50 a 12 en junio de 2012 (folio 117). Esa circunstancia, aun siendo cierta, no prueba la supuesta actuación concertada de las Cajas de Ahorro. Y fue precisamente la desaparición de la mayor parte de Cajas de Ahorro la que ha llevado al Legislador a eliminar dicho índice.

Por lo expuesto descartamos que la cláusula infrinja las disposiciones legales enumeradas por la parte demandante. (...)"

CUARTO.- Sobre la falta de transparencia.

Achaca la demanda falta de transparencia de las cláusulas en cuestión.



Codi Segur de Verificació: 3170W5I7BA0K6V6CXBBYF2HIMJSCJBRFL

Signat per LLOBET AGUADO, JOSEP.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora: 06/02/2017 18:08



A estos efectos, tal como ha señalado tanto la jurisprudencia del TJUE como las Sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse dos aspectos.

Así respecto de lo que es el control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual. A este respecto, la STS de 9.05.13 señala (en el mismo sentido, STS 23.12.15) que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical: "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". La STS de 25.02.15 precisa que "no basta que se redacten de manera clara y comprensible, no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC)". La STS de 29.04.15 reitera que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical. Ente mismo sentido se pronuncia la STJUE de 30.04.14, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, y afirma que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (párrafo 71) y reitera la STJUE de 23.04.15, al sentar que no basta con que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical".

Junto a ese primer control, el control de transparencia debe entenderse en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias o cargas económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula le supondrá. Tal como señala la citada STS de 25.02.15, "no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio" o, como dice la STS de 29.04.15, es preciso que dichas condiciones "sean transparentes, en el sentido de que el consumidor puede hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá" y, por tanto, concluyen ambas sentencias "estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es incontrolable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".





Por tanto, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

Aplicado lo anterior al supuesto de autos, ninguna duda cabe de que las cláusulas impugnadas superan el denominado control de incorporación al estar las mismas redactadas de forma que gramaticalmente sea fácilmente comprensible.

En cuanto al aspecto relativo a su transparencia propiamente dicha, es más que razonable que, dada la incidencia e importancia de la cláusula de interés variable, así como de la cláusula de intereses de demora en la determinación del precio o cantidad a pagar, la parte demandante tuviese pleno conocimiento de la existencia de la misma. Y en cuanto al conocimiento de su significación económica y jurídica, no parece que un consumidor medio pueda ser desconocedor del juego de la misma y del componente de aleatoriedad que introduce en la determinación del precio, por lo que es difícilmente comprensible en qué medida la realización de simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés le hubiera supuesto un mayor grado de información del que cabe presuponerle. Parece difícilmente sostenible que cualquier consumidor pueda desconocer el índice a que está referenciado su préstamo o que, aún sin saberlo, conocer que es variable. En este supuesto, además, hay que entender acreditado, tanto de la escritura como de la testifical, que el Notario leyó detalladamente el documento.

En lo que respecta a la información que la parte demandante echa en falta sobre la previsible evolución de los tipos de referencia contratados y su comparativa con otros, especialmente el Euribor, sin desconocer que la evolución de este último índice normalmente ha estado por debajo del pactado, tampoco puede desconocerse que el tipo contratado, aunque no fuera el más usual en la práctica bancaria, tampoco era anómalo o excepcional.

Por tanto, no puede apreciarse que se infrinja el control de transparencia ni en relación a la cláusula de interés variable ni en cuanto a la cláusula de intereses de demora, sin perjuicio del posible carácter abusivo de ésta.

A conclusión distinta hay que llegar respecto a la cláusula de redondeo al alza, pues no hay ningún elemento en autos del que pueda colegirse que los actores pudieran saber la trascendencia económica y jurídica de la misma, sin que empiece a esta conclusión que el señor Notario leyese la escritura puesto que, si bien la cláusula de interés está entre las habituales y esperables (no existe escritura de préstamo hipotecario que no la contenga), no sucede lo mismo con la cláusula de redondeo al alza, que no tiene por qué ser solita ni, por tanto, esperable, ni puede pensarse que se pueda comprender su trascendencia por





una simple lectura del Notario, en un solo acto y "de un tirón" de una escritura de una magnitud como la de autos.

Consecuencia de lo anterior es que se debe tener por no puesto el inciso contenido en la cláusula tercera que establece que el tipo de interés se redondeará al alza a ¼ de punto.

QUINTO.- Sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora y de redondeo.

5.1.- Intereses moratorios.

A la hora de concretar en un determinado porcentaje el carácter abusivo del tipo pactado ha de tenerse en cuenta si la operación cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que ésta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente, han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 menciona expresamente que ese efecto de moderar los intereses es el que se espera de la generalización de la hipoteca.

Otro parámetro a tener en cuenta es la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. En efecto, si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de una determinada suma de dinero, y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para la prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Dicho coste no puede ser muy distinto tanto si nos hallamos en período de cumplimiento contractual (interés remuneratorio) como en período de incumplimiento (interés de demora) radicando la diferencia entre una y otra fase en que en ésta última, es decir, en la que transcurre después del incumplimiento, se ha puesto en evidencia un mayor riesgo de frustración del fin del contrato.

Tampoco pueden olvidarse otras referencias, como son el tipo de interés interbancario, Euribor, o el Interés legal del dinero, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese supuesto para la entidad crediticia reponer la cantidad puesta a disposición del deudor y que éste no ha devuelto.

Finalmente, un parámetro orientativo ha de ser, aunque solo sea por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 en relación al artículo 3, apartado dos de la citada ley (que modifica el art. 114 LH, añadiéndole un tercer párrafo), el criterio de apreciar abusividad (en relación a préstamos o créditos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma) cuando el interés de demora supere a tres veces el interés legal. No obstante, y como ha declarado el TS (STS núm. 364/2016, de 16.03.2016), el hecho de que se respete el límite citado no excluye el control de abusividad. Esta misma sentencia considera extensible a los préstamos





hipotecarios concertados con consumidores el criterio de la anterior sentencia 265/2015, de 22.04.2015, en la que se concluye que es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y que el interés de demora pactado en la cláusula séptima es el 18,75 % anual, que el interés fijo del primer año era el 4,75 % y que el legal del año 2.000 era el 4,25 %, es manifiesto que la cláusula deba reputarse abusiva, ergo nula.

5.2.- Cláusula de redondeo al alza.

Sin demasiada dificultad hay que concluir que esta cláusula es abusiva, de conformidad al art. 10 de la entonces vigente ley 26/1984, por no ser equitativa, dado que sólo prevé redondeo al alza y no a la baja del tipo de interés.

SEXTO.- Anulabilidad por error vicio de la cláusula de interés variable.

El **error vicio del consentimiento** consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Este vicio del consentimiento se refiere a un defecto de información de quien lo sufre, de manera que en el proceso de formación del consentimiento que finalmente se emite exista un defecto al que el ordenamiento jurídico le anuda la consecuencia de la validez claudicante del contrato. Es decir, existe consentimiento, pero este consentimiento es incompleto dada la concurrencia del vicio de la voluntad.

A diferencia del obstativo, el error vicio del consentimiento, pese al equívoco que puede resultar de la abundantemente criticada redacción del art. 1265 CC ("será nulo el consentimiento..."), no hay duda de que lo que provoca es un contrato en principio válido, pero con eficacia claudicante, de manera que si no se impugna en el plazo cuatrienal del art. 1301 CC, su validez deviene inatacable y, si por el contrario, se impugna con éxito, se debe declarar su nulidad con efectos, por regla general, *ex tunc* (arts. 1303 y 1304 CC). El contrato celebrado con error vicio del consentimiento es susceptible de confirmación (art. 1301 CC).

El art. 1266 CC dice que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Al hilo de este precepto, además de lo expuesto más arriba, la jurisprudencia y la doctrina han venido exigiendo (así, STS de 3-03-1994, 29-03-1994, 11-12-2006) que para que el error pueda invalidar el consentimiento es preciso que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico- y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene





exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe. La STS de 23-07-2001 precisa que no merece ser calificado de excusable el error que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible.

Acerca de este extremo resulta clarificadora la STS 20.01.2014, al destacar que "(...) la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros(...)" y añade que la "(...) necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto(...)". La expresada resolución concluye que "(...) la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente (...)",

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

Y así, ha señalado el TS en su sentencia de 30 de junio de 2015 que "(...) lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

En cuanto al *onus probandi* del cumplimiento de la obligación de información, corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente al demandante de la naturaleza, efectos, riesgos del producto y de que era idóneo para las necesidades y características del cliente.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del artículo 217 LEC, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales





deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que tenía en su catálogo.

Aplicando lo anterior al caso de autos, y teniendo en cuenta el perfil de los actores, sin formación financiera y que en la propia testifical del director que les ofreció la operación se afirma que no se informó sobre la existencia de otros tipos de interés ni de que, entre estos otros, el Euribor era menos elevado que el ofertado, hay que concluir que cuando los actores prestaron su consentimiento contractual, éste estaba viciado por error, puesto que no dispusieron de toda la información que les hubiese permitido emitir un consentimiento plenamente libre y consciente, información que no estaban obligados a obtener por sí mismos y que sólo les podía ser cabalmente suministrada por quien les ofreció el producto, cuya obligación de informar estaba en este caso incrementada dada la relación de amistad (y, por tanto, de confianza) que le unía con el actor.

En consecuencia, debe declararse la nulidad de la cláusula tercera en todo lo relativo al establecimiento del interés variable.

SÉPTIMO.- Costas.

Corolario de lo anterior es la estimación de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada (art. 394 LEC).

FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda:

- 1.- Declaro la nulidad por error en el consentimiento de la cláusula tercera contenida en la escritura objeto de estas actuaciones en todo lo relativo al establecimiento del interés variable;
- 2.- Acuerdo la reliquidación de la hipoteca sin la aplicación de la cláusula de interés variable;
- 3.- Condeno a la demandada a restituir a los actores la cantidad percibida en aplicación de la cláusula de interés variable, con el interés legal desde la fecha de cada cobro del interés, por la cuantía correspondiente, y hasta la efectividad del pago;
- 4.- Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula séptima, que establece los intereses de demora;
- 5.- Declaro la nulidad por abusiva y por no superar el control de transparencia de la cláusula de redondeo contenida en la cláusula tercera.
- 6.- Impongo las costas a la parte demandada.





Notifíquese esta sentencia a las partes. Adviértaseles que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, que deberán interponer en este mismo Juzgado dentro de los veinte primeros días siguientes a aquél en que se les notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia. Expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones. Lo pronuncio, mando y firmo.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAF/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació: 3T70W5J7BA0KSV6CXBBYF2HMSCJBBFL
Data i hora 06/02/2017 18:08
Signat per LLOBET AGUADO, JOSEP

