

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 7 DE GAVÀ

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 174/2016

SENTENCIA nº 27/2017

En Gavà a 15 de febrero de 2017

Vistos por mí, Doña Alicia Pérez Muñoz, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Gavà y su partido judicial, los presentes autos de juicio ordinario de nulidad contractual registrados con el número 174/2016 promovidos XXX XXXXXX XXXXXX XXXXXX representado por el Procurador de los Tribunales Don Rafael Taulera Salvador y asistido por el letrado don José María Erausquín Vázquez contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A.ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO representada por el Procurador de los Tribunales Don Javier Segura Zariquiey y asistido por el letrado doña Silvia Blanco González; pronuncio la siguiente resolución en base a lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador de Tribunales, don Rafael Taulera Salvador en nombre y representación que acreditó, se formuló demanda de procedimiento ordinario contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. Demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó interesando que se dictara sentencia conforme al suplico de la misma.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre, y en plazo hábil, el Procurador de Tribunales don Javier Segura Zariquiey. A través del escrito de contestación a la demanda, se oponía a las pretensiones de la parte actora, allanándose parcialmente a la demanda y solicitando la desestimación de la demanda en el resto de pretensiones, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO: Los litigantes fueron convocados a la preceptiva Audiencia Previa, que se celebró el 10 de octubre de 2016. Durante su celebración ambas partes formularon alegaciones en apoyo de sus respectivas pretensiones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, a lo que seguidamente se accedió, proponiendo cada una de las representaciones las diligencias que estimó oportunas.

CUARTO: Durante la sesión del acto del juicio, celebrado el 30 de enero de 2017, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, como quedó recogido en el soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, con lo que, una vez evacuado por las partes el trámite de resumen de prueba, quedaron los autos conclusos para resolver.

QUINTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente procedimiento se está ejercitando de forma principal una acción de nulidad por falta de transparencia y abusividad de determinadas cláusulas contenidas en la escritura pública de hipoteca formalizada entre las partes.

La parte actora fundamenta el ejercicio de su acción alegando que el actor formalizó con la entidad demandada un contrato de préstamo hipotecario en fecha 27 de mayo de 2011 por un importe de 294.505 euros y un plazo de 38 años. Sostiene que el actor tiene la condición de consumidor ya que el objeto de dicho contrato era la adquisición de su vivienda por lo que las cláusulas debían de estar redactas de forma clara y comprensibles. También sostiene que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

Alega que algunas de las cláusulas contenidas en el contrato no fueron redactas de forma clara y comprensibles. Así en primer lugar indica que es abusiva la cláusula de la utilización del año comercial de 360 días en lugar del año natural de 360 días para el cálculo de intereses y ello porque supone un enriquecimiento injusto para la entidad bancaria.

En segundo lugar solicita la nulidad de la cláusula tercera, relativa al índice de referencia utilizado, conocido como IRPH CAJAS. Indica que no se le explicó correctamente al actor como se obtenía el citado índice ni que datos se utilizan para su determinación. Añade que tampoco se les explicó por la entidad que se trata de un índice influenciable en su determinación por parte de las Cajas de ahorro. Se indica en la demanda en qué sentido el índice es influenciable. Por todo ello considera que la cláusula referida no supera el control de transparencia ni desde el punto de vista de la inclusión en el contrato ni de contenido. Expone que la entidad no informó al actor del último valor del IRPH CAJAS, ni de su evolución, ni de su valor TAE, de su presumible evolución, ni que el tipo de interés llevaba incorporada una media de comisiones que habían que sumarse a las suyas propias. Por todo ello solicita la declaración de nulidad de dicha cláusula con la consecuencia de la restitución de los intereses.

En tercer lugar solicita la nulidad de la cláusula de los intereses de demora ya que sostiene que el fijado en el contrato del 18% es abusivo ya que supone una indemnización desproporcionadamente alta. Igualmente considera abusiva la capitalización de los intereses. Sostiene que consecuencia de la declaración de nulidad debe ser la expulsión de la cláusula del contrato sin que proceda su moderación o integración.

Por último solicita la nulidad de la cláusula de resolución anticipada. Así sostiene que la cláusula tal y como está redactada causa una desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor al posibilitar la resolución del contrato ante un solo incumplimiento. Por ello también solicita su declaración de nulidad por ser una cláusula abusiva.

La parte demandada se opone a la demanda presentada alegando, en primer lugar, que no nos encontramos ante un contrato de adhesión. Indica que el actor fue el que con motivo de comprar una vivienda contactó con su entidad para financiarla. Sostiene que en todo momento el actor recibió una información adecuada y suficiente para conocer lo esencial de la mecánica del producto contratado. Así las cláusulas contenidas en la escritura, la cual fue leída en su integridad por el notario con carácter previo a su firma, fueron consensuadas con el actor al que se le entregó una oferta vinculante con todas las opciones del tipo de interés e información del préstamo y simulaciones.

Manifiesta que el tipo de interés no es una condición general de la contratación sino que es un elemento esencial del contrato que fue negociado entre las partes lo que imposibilita el análisis de su carácter abusivo por cuanto la cláusula es clara en su redacción y en su incorporación. Además sostiene que se le dio al actor toda la información sobre dicha cláusula con anterioridad a la formalización de la escritura. Subsidiariamente indica que la cláusula no es abusiva ya que no deja el contrato a la voluntad del prestatario ni genera desequilibrio en contra del principio de la buena fe. Añade además que su entidad no ha participado en la elaboración de los índices, y que se trata de índices oficiales.

Por otro lado y en lo que respecta a la cláusula de resolución anticipada indica que la misma no puede ser considerada abusiva ya que lo que hace es prever una consecuencia al incumplimiento por parte del prestatario de una obligación esencial.

En cuanto a la cláusula de los intereses de demora la demanda se allana a la declaración de nulidad aunque se opone a las consecuencias interesadas por el actor ya que no cabe devolver los intereses de demora cobrados ya que los mismos han sido devengados en aplicación de una norma dispositiva, artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

SEGUNDO: Centrados de esta forma los términos de debate la cuestión controvertida que debe ser resuelta con carácter principal en la presente resolución radica en determinar si procede declarar la nulidad de la cláusula del índice de referencia utilizado para determinar el tipo de interés variable y la cláusula de vencimiento anticipado. Asimismo se deberá determinar, el supuesto de que se declarase la nulidad de las mismas qué consecuencias conlleva tal declaración e igualmente se debe de establecer las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de los intereses moratorios.

De este modo con carácter previo a entrar a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se solicita, la primera cuestión que debe de determinarse es si nos encontramos ante condiciones generales de la contratación según la redacción prevista en el artículo 1.1 en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones Generales de la Contratación. (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 prueba sobre dicha negociación corresponde a la entidad financiera tal y como se desprende del contenido del artículo 82 del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Además en dicho artículo también se indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 indicaba *“que el empresario al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe de aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general de la contratación y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, ya por el consentimiento un elemento esencial del contrato, tal y como establece el artículo 1261 del CC. Así distingue nuestro Alto Tribunal entre la imposición del contenido y la imposición del contrato”*.

Además, según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y la jurisprudencia citada).

En el supuesto de autos, la parte demandada sostiene que todas las cláusulas del préstamo se negociaron con el actor. Así aportó la solicitud del préstamo, (doc. 2) en la que consta que el actor solicitó un préstamo y la entidad realizó un documento de solicitud de estudio del préstamo, en fecha 29.03.2011, en el que se contiene el importe a financiar, el plazo de devolución, las cuotas a tipo fijo, la cuota elegida por importe de 1006,23 euros, entre otros aspectos. Ninguna referencia se hace en dicho documento del tipo de interés aplicable ni de la posibilidad de vencimiento anticipado. También aportó la entidad un folleto informativo de las características del préstamo (doc. 3), sin embargo dicho documento no consta firmado por el actor y la oferta vinculante, de fecha 25 de mayo de 2011, es decir de dos días antes a la firma de la escritura. Cabe poner de relieve que el hecho de que exista una oferta vinculante no implica que las cláusulas cuya nulidad se solicita hayan sido negociadas individualmente. Así tal y como ha venido señalando abundante jurisprudencia es un hecho notorio que las cláusulas del tenor de las aquí examinadas son redactadas por la entidad acreedora y que las incorpora primero a la oferta vinculante, de existir la misma, y posteriormente a la escritura de préstamo. Por ello le corresponde a la entidad acreditar que dichas cláusulas fueron negociadas con los clientes.

Declaró en el acto de la vista como testigo, la apoderada de la entidad de crédito, Laura Tubella Valls. Manifestó que no se reunió con el actor en ningún momento, salvo el día de la firma de la escritura ante Notario donde repasó las cláusulas básicas del préstamo.

Declaró también como testigo, Juan Carlos Casas. Empleado de la agencia inmobiliaria de Castelldefels. Indicó que él se encargó de la venta de la vivienda, no interviniendo en las condiciones del préstamo. Añadió que de eso se encarga el personal de la entidad.

En consecuencia a la vista de todo lo expuesto cabe concluir que la entidad demandada no ha aportado prueba plena de la negociación de las cláusulas controvertidas. Así de las testificales se extrae la conclusión de que el actor se interesa por una vivienda y la entidad bancaria le envía a la agencia inmobiliaria quien se encarga de la comercialización de la compraventa. No consta ni se ha traído al proceso a la persona que comercializó el préstamo hipotecario con el actor, por lo que ninguna prueba se ha aportado acerca de la negociación de las cláusulas controvertidas. Así aunque ciertos elementos de la escritura, tal como el capital o plazo de amortización, se hubieran negociado individualmente, en la propuesta de financiación realizada, ello no implica que la totalidad de las estipulaciones de la escritura se hubieran negociado.

Por ello las cláusulas contractuales cuya declaración de nulidad se solicita deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación, predisuestas por la entidad de crédito de forma anticipada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, no quedando más opción al cliente que aceptar o rechazar la oferta propuesta por la otra parte contratante.

Por otro lado cabe poner de relieve que no es una cuestión discutida que el actor tenga la consideración de consumidor en los términos del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Así la finalidad del préstamo era la financiación de la vivienda.

TERCERO: Otra de las cuestiones que se discuten en el presente procedimiento es sí algunas de las cláusulas cuya nulidad se instan son susceptibles del control de abusividad al ser elementos esenciales del contrato.

En primer lugar cabe hacer unas consideraciones generales de que se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como cláusulas abusivas. Para determinarlo nos encontramos con criterios tanto normativos como jurisprudenciales.

En primer lugar, en relación a los criterios normativos cabe mencionar la Directiva 93/13 que establece en su artículo 3º **que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causaran en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.**

En el Anexo de la Directiva mencionada, en la letra e del apartado 3º del artículo 3 se establece que **se considerará abusiva una cláusula que imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.**

Por otro lado, el Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias establece en su artículo 82 que **Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”** y añade que "[el] hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato" y que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"; este mismo precepto establece que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa" y que "[e]n todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

El art. 87 aclara que son abusivas "las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contrarias a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario.

Por otro lado en cuanto a los derechos de información de los consumidores, el artículo 8 indica como un derecho de los consumidores recibir una " d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute ". Este derecho de los consumidores aparece indicado en otros artículos de la norma antes mencionada aunque conviene resultar lo establecido en el artículo 60. Dicho artículo dispone que antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. 2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación.

En otro sentido también hay que hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entre otras, en la Sentencia de 26 de abril de 2012, establece *que hay que partir de la base de que el sistema de protección establecido en la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.*

En relación al concepto de cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia recuerda que el *"desequilibrio importante"* creado por estas cláusulas se ha de apreciar teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no concurra un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a ese efecto examinar la situación jurídica en que se halla el consumidor a la vista de los medios de que dispone de acuerdo con la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Añadiendo que para determinar si el desequilibrio se produce *"pese a las exigencias de la buena fe"* (apartado 69 de la STJUE de 14.3.2013), es necesario comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

Pues bien a pesar de lo indicado con anterioridad, lo cual se aplicaría sin restricción a la posible declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que posteriormente se analizará, debe de tenerse presente que el artículo 4.2 de la Directiva antes mencionada indica 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"***..

Dicho precepto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Supremo indicando que dichas cláusulas pese a definir un elemento esencial del contrato pueden ser declaradas abusivas si no superan el doble control de transparencia, tanto en lo relativo a la incorporación como al contenido.

Así el TJUE en la Sentencia de 3 de junio de 2010 asunto C-484/02 en su párrafo 32 indicaba que *"las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible"*.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 asunto C26-13 indica en la conclusión segunda que *"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"*.

En lo que respecta a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo cabe traer a colación la sentencia de 18 de junio de 2012 en la que se señala que *"aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)"*.

Posteriormente el Alto Tribunal ha venido a desarrollar esta postura en diferentes resoluciones, entre otras en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015 y en la de 23 de diciembre de 2015. Esta última sentencia determina la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Señala que esto se deriva de lo contemplado en el art.4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

En dicha sentencia dispone que hay que realizar un doble control de incorporación y de contenido del contrato. Así indica que *"Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «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.*

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, 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). Supone, además, que 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”.

De todo lo anteriormente manifestado se desprende que si bien el índice de referencia que determina el tipo de interés aplicable constituye un elemento esencial del contrato es posible su control de inclusión y contenido siempre y cuando nos encontremos ante una condición general de la contratación incorporada a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como en el supuesto que nos ocupa.

TERCERO: Una vez determinado todo lo anterior se analizarán las cláusulas contractuales controvertidas de forma individualizada.

1. IRPH.

En primer lugar cabe hacer una referencia a lo que se conoce como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro. Se trata de un índice de tipo de interés oficial, bajo el Control del Banco de España, por lo que es un índice que está regulado y normado y, por tanto aplicable en los términos pactados. Estaba previsto, como índice de referencia oficial del mercado hipotecario, en la Circular 8/90 del Banco de España de 7 de septiembre y aparecía definido en el Anexo VIII de la misma, hasta su desaparición de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el

D.A. 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013.

El índice IRPH entidades, aplicado como índice de referencia sustitutivo, y que es el que se aplica actualmente al préstamo, es uno de los índices oficiales que se mantienen y que se encuentra previsto 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 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado 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 vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

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.

La mayor parte de las Audiencias Provinciales, tales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 4 de mayo de 2015, de Pontevedra, Sección 1ª, 22 enero 2.016 , Zaragoza, Sección 5ª, 10 febrero 2.016 ; Álava, Sección 1ª, 10 marzo 2.016 o Barcelona, Sección 15ª, 28 abril 2.016 , entre otras muchas indican que se trata de un índice sobre el que las distintas entidades bancarias no tienen posibilidad de control o manipulación.

En concreto cabe mencionar la sentencia de la AP de Álava de fecha 10.03.2016 que concluye que: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (¿) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado".*

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que tanto el IRPH Cajas como el IRPH entidades son índices válidos y legales expresamente previstos en la normativa bancaria en el momento de su inclusión en el préstamo hipotecario.

Ahora bien, dicho hecho no impide que deba de analizarse si la cláusula antes mencionada supera el doble control de transparencia antes expuestos.

En la escritura de hipoteca formalizada por ambas partes en fecha 27 de mayo de 2011 e intervenida por el notario Don Enrique Beltrán Ruiz, se prevé en la cláusula 3 bis en su apartado segundo que el tipo de interés de referencia será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro, publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado como referencia oficial. Dicha referencia aparece definida en el Anexo VIII, apartado 2 de la Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio (BOE del 3 de agosto de 1994).

La referencia que servirá de base para la revisión es la que se señala en el anexo I en el apartado referencia para la revisión del tipo de interés.

La revisión del tipo de interés se realizará en las fechas señaladas en el anexo I, apartado “fecha de revisión del tipo de interés”.

b) Índice o tipo de interés de referencia sustitutivo.- Para el supuesto de que la referencia definida no pudiera aplicarse por cualquier causa, las partes convienen que el que se utilizará el siguiente catálogo de índices o tipos de referencia sustitutivos:

En primer lugar “ el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades” (...).

En segundo lugar si tampoco pudiera aplicarse esta referencia por su falta de publicación, se utilizará el equiparable que publique el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda o instituciones públicas o privadas de la Unión europea y Monetaria por este orden.

En primer lugar desde el punto de vista estrictamente gramatical o literal la cláusula antes transcrita no incluye una definición completa del índice de referencia. De este modo la cláusula se limita a enunciarlo pero no define al índice utilizado sino que se remite al anexo VIII apartado 2 de la Circular del Banco de España. Lo mismo ocurre con el índice sustitutivo. De este modo en la cláusula no se indica cómo se obtiene este índice ni da, ni siquiera una explicación escueta del mismo. La misma descripción de la cláusula se contiene en la oferta vinculante aportada por la demandada. Además el índice de referencia no aparece resaltado dentro de la cláusula de manera que el actor puede percibir que se trataba de un elemento esencial del contrato ya que iba a determinar el tipo de interés a aplicar.

Por otro lado en cuanto al control de comprensión de la cláusula cabe traer a colación la SAP de Álava Civil sección 1 del 17 de noviembre de 2016 indicó que *“la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia si se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas, ya que según el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación : en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y conforme al artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en su redacción aplicable al presente caso: serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo”*.

En el supuesto que nos ocupa después de la prueba practicada cabe concluir que tampoco se supera en este caso. De este modo el actor, teniendo en cuenta la redacción de la cláusula y la información recibida, no pudo conocer adecuadamente la carga económica que la utilización del índice IRPH CAJAS y luego de entidades le iba a suponer frente a la utilización de otros índices más comunes como el EURIBOR.

Así en primer lugar de las testificales practicadas no se considera acreditado que nadie de la entidad de crédito se reunieran con el actor para explicarle todos los términos de la hipoteca. Así tal y como declaró la primero testigo, ella solo se reunió con el actor el día de la firma de la hipoteca y normalmente lo que hacían era leer las cláusulas más importes del préstamo y cotejarlas, admitiendo las preguntas que le pudieran realizar los clientes. El segundo testigo mencionó que no recuerda haber hablado con el actor de las condiciones del préstamo sino que esto se hacía por un comercial de la entidad.

Por otro lado en cuanto a las simulaciones aportadas por la entidad demandada como documento nº 7, se realizan siempre con un tipo de interés fijo del 4,10 y 4.8 pero no se ha aportado ningún cuadro de amortización simulando las cuotas a abonar en el periodo de interés variable, comparando el IRPH con el EURIBOR. De este modo no consta que se le hicieran al actor simulaciones de la evolución y funcionamiento del IRPH en comparación con otros índices de referencia. Tampoco que se le explicará que el IRPH se formaba no sólo a partir de los tipos de interés sino que en su determinación también se iban a incluir los demás gastos y comisiones, lo que hace que dicho índice en principio vaya a ser más elevado que otros, como el EURIBOR. En la propia escritura cuando se menciona el IRPH no se indica que el mismo se determina con los tipos de interés medios ponderados y que éstos serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España. Así nos encontramos con un índice que siempre ha estado por encima del EURIBOR.

La entidad demandada a la hora de comercializar el préstamo con un índice de referencia que no era el común utilizado en nuestro país debió de haber explicado adecuadamente al actor las características del mismo así como su evolución, en comparación con otros índices de modo que el actor pudiera conocer adecuadamente la carga económica que dicho índice iba a tener en sus obligaciones de pago.

Por otro lado poner de relieve igualmente que ningún documento firmado por el actor se ha aportado en el que conste que la entidad informara a al deudor del coste del préstamo, con éste índice de referencia, en comparación con otros índices, que la propia entidad le pudiera ofrecer. Debe de tenerse presente que la falta de claridad de la cláusula no puede beneficiar a la entidad financiera ya que no podemos olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo que ha sido redactado unilateralmente por ella y que se ha adaptado a las circunstancias concretas del caso.

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que no existiendo prueba alguna de que el actor fuera debidamente informado de la cláusula que fijaba el índice de referencia a aplicar el préstamo, la cláusula no supera el control de transparencia exigido.

Una vez determinado que la cláusula no supera el control de transparencia se debe de entrar a analizar su posible abusividad. Así teniendo en cuenta toda la normativa y jurisprudencia antes expuesta cabe concluir que la cláusula es abusiva ya que existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que hace pensar que si el actor, la hubiera negociado individualmente y con una correcta información no la habría aceptado. Y ello debido fundamentalmente, a que al aplicar este tipo de referencia en lugar de otros más comunes como EURIBOR la cantidad a abonar ha sido mayor, ya que el índice utilizado, siempre ha estado por encima del EURIBOR.

Por todo ello y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación cabe declarar la nulidad del pacto del índice de referencia aplicar en el préstamo tanto de forma principal como sustituto.

En cuanto a las consecuencias que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

Debe de tenerse en cuenta que el artículo 6 de la Directiva 93/13 establece que ***Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.***

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57 indica que : *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

El Tribunal Supremo ya declaró, en la Sentencia 401/2010 de 1 de julio, que *"las reglas del mercado se han visto incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. De este modo la posibilidad de que los jueces puedan apreciarlas de oficio y dejarlas sin efecto supone un efecto disuasorio sobre los profesiones, en un doble sentido: en primer término como señala el Abogado General en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros C-32/12, "al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que los consumidores no fueran conscientes de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no las invocarían en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".*

Además, la facultad de no aplicar las cláusulas abusivas frente a los consumidores por los jueces nacionales, elimina el efecto disuasorio de utilizarlas en la medida que los profesionales podrían verse tentados a establecer cláusulas abusivas al saber, que aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH Cajas y como sustitutivo el IRPH entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755

CC : No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com : Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir pese a que no existan intereses remuneratorios.

Por todo ello la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula citada es que el préstamo subsistirá sin que se devenguen intereses remuneratorios.

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC , deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable.

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

Esta cantidad se deberá calcular en ejecución de sentencia.

2. INTERES DE DEMORA .

La parte demandada se allanó a la declaración de la nulidad de la cláusula de los intereses de demora, quedando reducida la cuestión litigiosa a determinar las consecuencias de tal declaración.

A la vista de lo indicado anteriormente la declaración de nulidad de una cláusula supone la expulsión de la misma del contrato sin que pueda integrarse dicha cláusula. En consecuencia el préstamo hipotecario que nos ocupa no podrá devengar intereses moratorios.

Por otro lado y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1303 la entidad demandada deberá de reintegrar al actor las cantidades cobradas en virtud de la cláusula declarada nula con sus intereses.

3. VENCIMIENTO ANTICIPADO

En la cláusula sexta B a) indica que no obstante el vencimiento pactado U.C.I podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisficiera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura y además por las siguientes causas: (...).

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC , siempre y cuando se haya pactado expresamente.

El Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, declaró que *“con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008”*. El mismo criterio se mantuvo posteriormente en sentencias tales como la de 17 de febrero de 2011.

En la sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2015, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, estableció *“que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13)”*.

El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 , indicó en su apartado 73 que

“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

Por otro lado el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 que dispone que *“Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.* Esto ha vuelto a ser confirmado en la reciente sentencia de 26 de enero de 2017.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 determinó que *“la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.*

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación”.

No desconoce esta Juzgadora que a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo las diferentes secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona mantienen posturas discrepantes acerca del análisis de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y de sus consecuencias.

Así por un lado nos encontramos con secciones que determinan que no procede realizar un análisis en abstracto de la cláusula sino que debe de analizarse en cada caso que ejercicio del mismo ha realizado la entidad bancaria. Entre ellas, la sección 11, entre otros en el auto de 29 de septiembre de 2016 indica que *“el redactado de la cláusula de vencimiento anticipado, previsto ante el impago de una cuota cualquiera (6ª bis.a), no permite su declaración de abusividad en este incidente de oposición a la ejecución hipotecaria. Indica que la ejecución no se basó en la misma ya que los ejecutados habían dejado de abonar 6 mensualidades lo que supuso un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones. Señala que los consumidores tuvieron la oportunidad de desactivarla mediante la rehabilitación del contrato y consiguiente enervación de la acción ejecutiva (art. 693 de la LEC).*

En este mismo sentido se ha pronunciado la sección 14, entre otras resoluciones el auto de fecha del 22 de septiembre, en el que señala que el impago de un considerable número de cuotas conlleva la no declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado con independencia de su redacción. Dicha postura también es mantenida por la sección 1, entre otros en el auto de 2 de septiembre de 2016.

La postura contraria es mantenida, por la sección 15, la cual indica en la sentencia de 17 de octubre de 2016 que *“el juicio de abusividad o control de contenido, en el caso que enjuiciamos, está referido a la estipulación, no a la práctica que a su amparo se haya podido llevar a cabo y que la segunda no sea abusiva no excluye que lo pueda ser la estipulación. (...). Por tanto, lo que se debe tener en cuenta es la estipulación, su objeto y su contexto, pero no la práctica llevada a cabo a su amparo. Así concluye que la cláusula que permite la resolución o vencimiento anticipado ante el primer incumplimiento contractual es claramente abusiva”*

En este mismo sentido se han pronunciado la sección 13, entre otros en el auto de 22 de septiembre de 2016 en el que indica que *“por lo que, si la cláusula de vencimiento anticipado es nula, por los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, deben deducirse todas las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula, aunque en el momento del ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado, en este caso a 12 de marzo de 2014, pudiera apreciarse una situación de flagrante morosidad de los deudores, como ocurre en el presente caso, por el impago de diez cuotas mensuales de amortización del préstamo, que son las de vencimiento de mayo de 2013 a febrero de 2014”. En cuanto a las consecuencias de la anulación, indica que el punto 39 del reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, razona que la anulación de la cláusula contractual de vencimiento anticipado no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, por cuanto interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”.*

Postura coincidente con la sección 4, reflejado en el auto de 21 de septiembre de 2016 que determina que *“como quiera que hay que analizar su intrínseco carácter, no el ejercicio que se haga de ella por el ejecutante, la nulidad de la misma es patente, y conforme al artículo 695.3 Lec, al tratarse de un supuesto en que la cláusula sirve de fundamento a la ejecución, conlleva el sobreseimiento del proceso”*. Y con la sección 17, entre otros en el auto de 14 de julio de 2016 que determina que *“sólo pueden ser examinadas las cláusulas de vencimiento anticipado atendiendo a la naturaleza y contenido del contrato, al conjunto de circunstancias que concurran en el momento de su celebración y a las demás cláusulas del mismo contrato, pero con independencia de la aplicación que pudiera hacer el profesional pues ello no purifica su eventual carácter abusivo, concluyendo que la consecuencia sólo puede ser el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, al tratarse de una cláusula que fundamenta la misma”*.

La sección 19 también mantiene la posibilidad de la declaración de abusividad en abstracto aunque mantiene una postura distante en cuanto a las consecuencias de tal declaración. Así el auto de 22 de septiembre de 2016 indica que *“aunque la cláusula sea nula, la ejecución hipotecaria debe continuar sin que haya lugar a su sobreseimiento por cuanto el deudor hipotecario, en el momento de liquidarse la deuda, debía 6 cuotas mensuales del préstamo y no ha abonado ninguna desde aquél momento”*.

La sección 16, en cambio indica en sus resoluciones la necesidad de que concurran una serie de circunstancias para supeditar la validez de la causa del vencimiento anticipado. Así entre otras en el auto de 30 de septiembre de 2016 exige que concurran:

1^a/ una demora en el pago prolongada durante como mínimo tres plazos tratándose de un préstamo o crédito que cuente con garantía hipotecaria o prendaria, tal como prescribe el artículo 593.2 LEC ; 2^a/ si la financiación carece de garantías se requiere que el volumen del impago alcance una proporción significativa respecto del importe de la operación, lo que, siguiendo un ejemplo de derecho comparado (Alemania), supondrá que el impago rebase el 10% de la deuda -calculada sobre la base únicamente del capital prestado- o el 5% si la operación tiene un plazo de duración superior a tres años; 3^a/ en todo caso, la concesión por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro (la notificación de la liquidación unilateral de la deuda exigida por el artículo 573.1 , 3º LEC puede servir igualmente para esa finalidad)”.

Esta Juzgadora se inclina por la postura mantenida por aquellas secciones de la Audiencia Provincial que consideran que hay que analizar la cláusula de vencimiento anticipado en abstracto y tal y como aparece redactada en el contrato, con independencia de la aplicación práctica de dicha cláusula. Esta interpretación es la más acorde con lo dispuesto por el Tribunal Supremo y por el TJUE.

En el supuesto que nos ocupa teniendo en cuenta la redacción de la cláusula la misma debe de ser considerada abusiva ya que el impago por parte del deudor de alguno de los plazos convenidos no es un incumplimiento grave. De este modo no se modula el incumplimiento en la misma. Así la cláusula causa un desequilibrio importante entre las partes, siendo la misma desproporcionada lo que conlleva que la misma deba ser declarada abusiva.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración y a la vista de lo indicado anteriormente respecto de la cláusula de IRPH , procede la expulsión de la cláusula del contrato sin que quepa integrar el mismo de acuerdo con la normativa comunitaria antes expuesta.

CUATRO: En lo que respecta a las costas, no se impondrán a ninguna de las partes ya que en lo que respecta a la declaración de nulidad de la cláusula de IRPH y de vencimiento anticipado existen pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales, lo que implica que nos encontremos ante dudas de derecho. Todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

FALLO

Que se estima la demanda interpuesta por la representación procesal de XXX XXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX frente a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS

S.A y acuerdo:

1. Declarar la nulidad de la cláusula TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 27 de mayo de 2011, en lo que al índice de referencia IRPH cajas de Ahorro y sustitutivos se refiere.
2. La reliquidación de la hipoteca, sin la aplicación de interés remuneratorio alguno desde que se aplicaron los intereses variables
3. La entidad demandada deberá de devolver a los actores la cantidad cobrada de más en concepto de intereses remuneratorios desde la aplicación de los intereses variables, con los intereses legales desde su percepción. Cantidad que se liquidará en ejecución de sentencia.
4. Se declara la nulidad de la cláusula sexta del préstamo hipotecario, relativa a los intereses moratorios, por lo que la entidad demandada no podrá cobrar cantidad alguna por este concepto, debiendo de reintegrar al actor las cantidades cobradas en virtud de dicha cláusula con sus intereses.
5. Se declara la nulidad de la cláusula sexta bis relativa del vencimiento anticipado, que queda expulsada del contrato.
6. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá interponerse en este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Jueza que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.