

FECHA DE NOTIFICACION

14 DE MARZO DE 2017

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
E INSTRUCCIÓN Nº 4
DE CORNELLÀ DE LLOBREGAT**

Procedimiento: Juicio Ordinario nº 258/2.016

SENTENCIA Nº 26 / 2017

En Cornellà de Llobregat, a 3 de marzo de 2.017.

Vistos por mí, Dña. Carla Gasch Quintana, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cuatro de esta Ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario con número 258/2.016, a instancia de Dña.

representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Marina Palacios Salvado y asistida por la Letrada Dña. Vanesa Fernández Escudero, contra la entidad "CAIXABANK, S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixó Fernández-Vega y asistida por el Letrado D. Ignacio Benejam Peretó, siendo el objeto del presente el ejercicio de una acción de nulidad y de una acción de reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 17 de marzo de 2.016, por el Procurador de los Tribunales D. Joan Grau Martí se interpuso demanda de Juicio Ordinario, en representación de Dña. *contra la entidad "CAIXABANK, S.A.", en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, acabó suplicando que se dictara resolución por la que "a) Se declare la nulidad por falta de transparencia y tener el carácter de abusivo del pacto tercero bis del contrato de crédito con garantía hipotecaria, suscrito en fecha 12 de mayo de 2.006, por el que se establece, para la segunda fase, como índice de referencia el IRPH cajas de ahorro más el diferencial de 0,75 puntos y como sustitutivo el índice CECA, por los motivos expuestos en el cuerpo de este escrito; b) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad y a eliminar del contrato de crédito hipotecario suscrito en fecha 12 de mayo de 2.006 el pacto tercero bis, por el que se establece, para la segunda fase, como índice de referencia el IRPH cajas de ahorro más el diferencial de 0,75 puntos y como sustitutivo el índice CECA, procediéndose a la nueva liquidación del crédito con inaplicación de dicha cláusula; c) Se condene a la entidad demandada al reintegro a mi mandante de los importes cobrados en*

virtud de la condición declarada nula a partir de la fecha en la que comenzó a aplicarse el tipo de interés variable en el crédito, en la segunda fase del contrato suscrito en fecha 12 de mayo de 2006 y hasta que la misma se elimine del contrato, más los intereses legales devengados de dichas cantidades desde las respectivas fechas de cobro hasta su completa devolución; d) Se condene en todo caso, a la entidad demandada, al pago de los gastos y costas del presente procedimiento ”.

SEGUNDO.- Admitida la demanda a trámite mediante Decreto de 11 de julio de 2.016, se dio traslado de la misma a la parte demandada para que presentase escrito de contestación a la demanda en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente a su notificación.

En fecha 12 de septiembre de 2.016, por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Feixó Fernández-Vega se presentó escrito de contestación, en nombre de la entidad “CAIXABANK, S.A.”, en cuyo suplico solicitaba que se dictara resolución desestimando íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- En fecha 7 de noviembre de 2.016 tuvo lugar la audiencia previa al juicio, con asistencia de todas las partes, en la forma legalmente establecida. Ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda, contestación. Tras la proposición y admisión de la prueba, se procedió a fijar la fecha para el acto del Juicio Oral.

El día 17 de febrero de 2.017, tuvo lugar el acto de la vista, al que acudieron todas las partes. Tras la práctica de la testifical de D.

y la reproducción de la documental obrante en autos quedaron las actuaciones vistas para el dictado de la presente resolución.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales contenidas en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de Dña.

se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra “CAIXABANK, S.A.”, en ejercicio de una acción individual de nulidad de condición general de la contratación inserta en el contrato de crédito con garantía hipotecaria, suscrito en fecha 12 de mayo de 2006 entre las partes, así como una acción de reclamación de cantidad, al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente se pretende la declaración de nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, que establece el tipo de interés de referencia en el IRPH cajas de ahorro más un diferencial de 0,75 puntos, y como sustitutivo el índice CECA.

SEGUNDO.- Para empezar debe señalarse que el índice IRPH Cajas y el Tipo activo de Referencia de las Cajas de Ahorro o tipo CECA, desaparecieron de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el 1 de noviembre de 2013. En dicha fecha, el Banco de España dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecieron, la sustitución se debía realizar por el IRPH Entidades. Tal efecto se inició con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre), que en su artículo 27 enumeró los tipos de interés que se consideraban oficiales, y entre los que no se incluyeron el IRPH Cajas y el tipo CECA.

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

TERCERO.- Según dispone la D.A. 15^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre: *“1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales (-)*

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

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

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

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

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

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

Tal y como resulta de la redacción anterior, la disposición solo preveía la posible sustitución del tipo de referencia principal por el previsto como sustitutivo en el contrato. En nuestro caso, siendo el tipo principal (Índice de Referencia Adoptado) el IRPH, lo que hubiera procedido es la aplicación del índice sustitutivo previsto en el contrato (el tipo CECA definido expresamente como Índice de Referencia Sustitutivo en el apartado C) de la cláusula Tercera bis). Y si este último era también uno de los índices que desaparecían, como es el caso, lo que procedía, conforme a la D.A. 15^a era la aplicación del IRPH Entidades, no de un segundo y supuesto tipo sustitutivo. Supuesto porque realmente no se define como tal en la cláusula Tercera bis. Y no es aplicable esta sustitución porque conforme a la D.A. 15^a mencionada no procede aplicar más índice sustitutivo de segundo grado (o sustituto del sustituto) que el IRPH Entidades. Por tanto, habiendo desaparecido el índice IRPH Cajas y el tipo CECA, no hay otra práctica ajustada a la norma que no sea, en principio, el IRPH Entidades.

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

CUARTO.- La STJUE de 11 de junio 2015 aclaró que la no aplicación efectiva de una cláusula no impide que el juez nacional aprecie su carácter abusivo: "49. Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

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

en la práctica.

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

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

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

Por ello, nada impide extender el razonamiento del TJUE a supuestos como el que nos ocupa. No se trata de una cláusula que no se haya aplicado todavía en la relación contractual sino que ésta se vino aplicando en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 12 de mayo de 2006. Aplicando el razonamiento del TJUE citado nada impide someter a control de abusividad, de transparencia exactamente, las cláusulas impugnadas, que es lo que pide la demanda.

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

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09 de mayo 2013:

"La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

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

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

La Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14 de mayo 2014, señala que: *"Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU , según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".*

En el ámbito de la contratación de productos financieros en los que interviene una entidad financiera y un consumidor, todas las cláusulas financieras son condiciones generales de la contratación salvo que el empresario predisponente acredite que una cláusula concreta ha sido objeto de negociación. No lo acredita de ningún modo la entidad demandada. Podrá decirse que no puede acreditarlo cuando ha transcurrido tanto tiempo como en este caso desde la contratación

hasta la reclamación judicial, pero hay que estar a las reglas de la distribución de la carga probatoria en cada caso. Reglas que no establecen en realidad quién tiene que probar qué, sino quien debe padecer las consecuencias de que algo no se pruebe. En este caso, la conclusión es clara. Sólo puede concluirse que la cláusula impugnada es una condición general de la contratación porque no hay prueba alguna de que fuera negociada individualmente. Negociación individual que no es equivalente a un supuesto conocimiento de las cláusulas, ni al hecho de poder aceptar o rechazar una oferta global que la entidad pueda emitir al potencial cliente, tal y como señaló el testigo D. Lógicamente tal prueba no puede venir dada por el testimonio o declaración de un empleado de la propia entidad sobre la que pesa la carga probatoria sino que debe basarse en prueba objetiva que no existe.

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

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

Se basa la demandada en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las Cajas sobre cuya base elaboraba el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12). Sin embargo, siendo el índice IRPH Cajas en su día un índice oficial, no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo de la actora obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define por el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna.

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

SEXTO.- Por lo que se refiere al control de transparencia, como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 08 de septiembre de 2014, que ya adelantaba en la Sentencia de 09 de mayo 2013 y ha reiterado después en las STS de 24 y 25.03.2015 , de 29.04.2015 y de 23.12.2015 :" *6.Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).*

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

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste

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

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

Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 10 de marzo.2016 , recuerda en relación al doble control de transparencia, lo dispuesto por el TS en S. de 09.05.2013 , parágrafos 210 y ss: *"el artículo 80.1 TRLCU dispone que*

"[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

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

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

Y añade: "El Tribunal concluye (apartado 215): "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

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

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

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

(-)

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

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una

cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

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

No hay documentación alguna que refleje que se proporcionara a la prestataria información completa que les permitiera alcanzar una comprensibilidad real de las cláusulas hoy impugnadas, limitándose a señalar el testigo

que no recordaba si había informado o no a la cliente pese a que era el procedimiento habitual, y que en todo caso no se informaba de una forma muy detallada respecto de tales cláusulas, puesto que debía realizarse de una forma que fuera comprensible para el cliente.

Sabemos que conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH Cajas es la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por las cajas de ahorros. Del mismo modo se define en la Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA / 2899/2011. El tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros, también conocido como indicador CECA o tipo activo se define como "*el noventa por ciento, redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos personales formalizados mensualmente por plazos de un año a menos de tres años y a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre formalizados mensualmente por plazos de tres años o más*".

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

manifestara que precisamente en las operaciones a largo plazo - a veinte, treinta o cuarenta años- como el supuesto de autos, la entidad bancaria

optaba precisamente por aplicar el índice IRPH porque, según el mismo, era un índice mucho más estable que el Euribor, de ahí que no se ofreciera dicha opción al cliente.

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

SÉPTIMO.- Respecto a los efectos derivados de la declaración de nulidad de la cláusula objeto de autos, el art. 9.2 LCGC dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. El art. 10.1 LCGC establece, por su parte, que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

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

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

El TJUE es insistente en la misma interpretación del art. 6 de la Directiva 93/13. Ejemplo de ello es su Sentencia de 11 de junio 2015, en la que señaló: *"33En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor,*

sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349 , apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C- 488/11, EU:C:2013:341 , apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:C:2015:21 , apartado 28)".

También lo viene diciendo la Audiencia Provincial de Álava. Así, en su Auto de 17 de noviembre 2015: "A pesar de lo que sostiene Caixabank S.A., la imposibilidad de que una cláusula abusiva, y por lo tanto nula, surta efectos, viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las razones son claras. El principio de no vinculación que dispone el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, supone que no puede oponerse al consumidor una cláusula que merezca tal calificación. El precepto indica: "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Rotundamente, por tanto, quedan obligados los Estados miembros a evitar que sus normas produzcan el efecto de vincular al consumidor, incluso parcialmente, a las previsiones de cláusulas que hayan podido declararse abusivas.

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

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

2012:349 , apartado 65, y *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341 , apartado 57)".

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

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

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

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de la cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses. Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir a la prestataria la

totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable en los dos préstamos.

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

OCTAVO.- Finalmente, por lo que se refiere a las costas procesales, estimada íntegramente la demanda, procede condenar a la parte demandada al pago de las mismas, de conformidad con el art. 394.1 LEC .

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

FALLO

ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación de Dña , frente a la entidad "CAIXABANK S.A." y:

1) DECLARO la nulidad de la cláusula inserida en el PACTO TERCERO BIS documentada en escritura pública DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA suscrito entre las partes en fecha 12 de mayo de 2006, en cuanto establecen como índices de referencia a aplicar en el mismo el IRPH Cajas y como índice sustitutivo el Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorros (CECA), manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.

2) CONDENO a "CAIXABANK, S.A.":

- A estar y pasar por la declaración anterior, absteniéndose de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

- A reintegrar a la parte actora los importes cobrados en aplicación de la referida cláusula, a partir de la fecha en la que comenzó a aplicarse el tipo de interés variable en el crédito, en la segunda fase del contrato, y hasta que la misma se elimine del contrato.

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

Se imponen a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma sentencia cabe interponer recurso de APELACIÓN ante la Excm. Audiencia Provincial de Barcelona, a presentar ante este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación. Se indica a las

partes que para presentar el anterior recurso deberán proceder al depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá certificación para su unión a los autos a que se refiere, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por S.S^a que la suscribe hallándose en Audiencia pública en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.