



Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat

Avenida Carrilet, 2, Edif.H CdJ - Hospitalet de Llobregat (L') - C.P.: 08902

TEL.: 935548239

FAX: 935548037

EMAIL: instancia7.hospitalet@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0810142120168010978

Procedimiento ordinario 69/2016 -4

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 7 de L'Hospitalet de Llobregat

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

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador/a: Joana M^a Miquel Fageda, Joana M^a
Miquel Fageda
Abogado/a:

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro
Abogado/a: Marina Coro Gurruchaga Muñoz

SENTENCIA Nº 93/2017

Magistrado: Juan Sebastian Martin Fernandez

Lugar: Hospitalet de Llobregat (L')

Fecha: 31 de marzo de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de enero de 2016 la parte demandante presentó ante este juzgado una demanda en la que pedía, entre otros pedimentos:

La declaración de nulidad, por abusiva, de la condición general de contratación contenida en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003, que establece como índice de referencia el IRPH entidades e IRPH bancos tipo fijo.

La condena a la parte demandada a reliquidar la hipoteca, sin aplicar la cláusula de IRPH y referenciando el mismo sin cláusula de intereses.

La condena a la parte demandada a la devolución por el préstamo de la cantidad cobrada a la parte demandante en concepto de intereses, desde la suscripción del préstamo hipotecario.

La declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que regula los intereses de demora contenida en el pacto sexto de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003.

En relación con la cláusula suelo de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003, la condena a la parte demandada a indemnizar a la parte demandante por daños y perjuicios y le devuelva lo abonado de más por la parte demandante, desde la fecha en que se produjeron los cargos.





SEGUNDO.- El 9 de mayo de 2016 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la parte demandada para que contestase en 20 días.

TERCERO.- El 15 de junio de 2016 contestó la parte demandada, oponiéndose a la estimación de la demanda.

CUARTO.- La audiencia previa se celebró el 10 de octubre de 2016. A ella compareció la parte actora y también la demandada. Se propuso y admitió como prueba la documental que obra en autos, el interrogatorio de parte demandada y el interrogatorio de testigo.

QUINTO.- El juicio se llevó a cabo el 20 de febrero de 2017. Tras la práctica de la prueba, las partes formularon sus conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso la actora afirma que contrató con la parte demandada un préstamo hipotecario, formalizado en escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003. Dice que dicha escritura contiene, como tipo de referencia sobre el que se calcula el interés, el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito"; y, como índice de referencia sustitutivo, el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, de bancos". También dice que dicha escritura contiene una cláusula suelo del 3,50%. Y una cláusula de intereses de demora de 19%. Considera que dichas cláusulas son abusivas, por falta de transparencia y porque causa perjuicio a la parte demandante. En relación con el tipo de referencia IRPH, dice además que no le informaron claramente de cómo se calculaba este tipo, de los riesgos que entrañaba, ni de la evolución del mismo. Considera que el tipo de referencia Euribor ha estado por debajo del IRPH, por lo que ha redundado en su perjuicio. Por ello solicita la declaración de nulidad de dichas cláusulas y la condena a la parte demandada a recalcular la deuda hipotecaria y a devolver las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de dichas cláusulas declaradas nulas.

La parte demandada dice que dichas cláusulas son claras, transparentes y legales. Y que eran conocidas por la parte demandante, quien fue informada adecuadamente por la parte demandada, según dice.

SEGUNDO.- La Ley de Condiciones Generales de Contratación vigente a fecha del contrato de préstamo hipotecario, en su art. 1 dice

1. 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.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

El art.5.1 dice:

Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Los artículos 7 y 8 dicen:

Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Artículo 8. Nulidad.

- 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
- 2. 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.

El art.10 dice:

- 1. 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.
- 2. 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.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultacSV.html>
Codi Segur de Verificació: 1253
Data: 10/04/2017 12:53
Signat per Martin Fageda





Por otra parte, en lo que se refiere a cláusulas abusivas, el art.80 del TRLGDCU dice:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

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. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Y el art.82.1y 2, dice:

1. 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.

2. 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 empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Toda esta normativa obedece a la normativa de la Unión europea al respecto, siendo de destacar la directiva 93/13, cuyo artículo 3 dice:

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

Doc. electrònic: garantia i armb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/IAF/consultaCSV.html

Data i hora: 10/04/2017 12:53





El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

TERCERO.- La parte demandada opone que las cláusulas no son condiciones generales de contratación, sino que fueron individualmente pactadas.

Más allá de si las partes califican una cláusula como condición general o no, lo relevante para que se considere como tal es que reúna las características de una condición general de contratación. Como ya he indicado, el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establece que "*son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*". De la STS 9/05/2013 17 se deduce que las condiciones generales de la contratación deben reunir los siguientes requisitos:

a) **Contractualidad:** se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) **Predisposición:** la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) **Imposición:** su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) **Generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

En consecuencia, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este objeto (apartado 142 de la sentencia). Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato. El apartado 165 de la referida sentencia del TS establece las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

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



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jsp/consulta/CSV.html>
Data i hora: 10/04/2017 12:53
Signat per: Marc...



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.

En el presente caso, no consta que la cláusula fuera negociada individualmente con la actora y debe entenderse como predispuesta para su inclusión en multitud de contratos sin que los actores hayan podido influir en su contenido. A tal respecto, no consta documento que acredite esta negociación real. Y las declaraciones prestadas en juicio tampoco, pues las personas que han declarado o no han intervenido en la operación o no recuerdan. No puede olvidarse que el art.3.2 de la directiva 93/2013 dice que *El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.*

CUARTO.- Las cláusulas cuya nulidad se solicita hacen referencia a los intereses ordinarios o remuneratorios. Éstos, en cuanto que son el precio a pagar por el dinero prestado, es elemento esencial del contrato. Por ello, rige el principio de libertad de partes para contratar del art.1.255 del Código Civil. Tan solo podría anularse el pacto si su redacción no fuese clara ni comprensible, cabe sólo un control de transparencia. En este sentido, el art.4.2 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece 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.*

Lo relevante, a estos efectos, es si la parte prestataria comprendió el significado de estas cláusulas. Y, en especial en lo que se refiere al establecimiento de un índice de referencia IRPH, si la entidad explicó en qué consistía, y si ofreció o informó de la existencia de otras alternativas al cliente. A tal respecto, el vigésimo considerando de la directiva 93/13 indica que *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe tener la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.* Y el artículo cinco dispone que *en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible.*

La Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13) dice que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (ap. 71), sino que "esa exigencia debe entenderse de





manera extensiva" (ap. 72). (...) Por ello, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor, y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, (...) Es lógico que para ello influya no sólo la ubicación de la cláusula, sino también el conocimiento general que por entonces existía sobre la misma y la forma en que fue presentada en la información precontractual".

Estos criterios también se tienen en cuenta en la STS de 9 de mayo de 2013, relativo a la nulidad de cláusulas suelo. Este primer control, como señala la sentencia de 23 de diciembre de 2015, atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula. Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control "de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato", que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá 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". Este control tiene por objeto facilitar al adherente de forma sencilla y comprensible tanto las consecuencias jurídicas que incorpora el contrato como las cargas económicas que deba asumir a su cargo. En consecuencia, la exigencia de transparencia, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, con examen de los aspectos formales y lingüísticos, la evaluación exacta de sus consecuencias económicas y en los nexos que se establezcan con otros pactos contractuales.

QUINTO.- En lo que se refiere al establecimiento del índice de referencia IRPH, hay que tener en cuenta que 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 se calcula a partir de los datos facilitados por las propias cajas y entidades bancarias cada mes, aplicando una fórmula que establece una media donde las cajas tienen el mismo peso específico, con independencia del volumen de préstamos concedidos. Y si disminuye el número de cajas, se incrementa el peso específico de cada una. Además, su cálculo no es transparente porque los datos facilitados por las entidades, a partir de los cuales el Banco de España calcula el IRPH, no son públicos; y, por tanto, los consumidores no pueden verificarlo. Todo esto se menciona en el informe aportado por la parte demandante como documento 15, emitido por el Síndic de Greuges de Catalunya en septiembre de 2015. Y en las respuestas enviadas por el Banco de España al Juzgado mercantil 1 de Burgos, en el Juicio Ordinario 81/2014, cuya copia consta como

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AFI/consultaCSV.html>
Data: 10/04/2017 12:53
Codi Segur de Verificació: [redacted]
Signat per: Martín Fernández [redacted]





documento 16 de la demanda.

Teniendo en cuenta esto, si bien en la escritura queda redactado de manera clara, desde el punto de vista de redacción y gramatical, el establecimiento del IRPH como tipo de referencia, considero que no hay prueba de que se hubiese informado adecuadamente a la parte demandante, al contratar, de lo que suponía el establecimiento de dicho tipo de referencia. No consta prueba de que la parte demandante conociese, en el momento de contratar, cómo se calculaba dicho índice; ni que la entidad demandada pudiese incidir en parte en su determinación. Tampoco consta que se haya explicado la evolución de dicho índice hasta la fecha de contratar, ni la aportación de elementos que permitan valorar su previsión futura. Ni tampoco consta que se haya comparado dicho índice con otros, en especial con el EURIBOR. Además, consta aportado por la parte demandante la evolución comparativa con el EURIBOR, el cual siempre ha estado por debajo del IRPH. Así pues, de haberse proporcionado esta información, de manera que la parte demandante, al contratar, pudiese haber sido consciente del coste económico real que asumía y hubiese podido comparar con otros índices, difícilmente habría optado por establecer el IRPH como índice de referencia. Por ello, si bien el control de incorporación y transparencia sí que se ha superado, no se ha superado el control de comprensibilidad. Por tanto, no se cumple con lo establecido en el art.4.2 de la Directiva 93/2013, mencionado.

Considero que la cláusula que establece el tipo de referencia IRPH no es conforme a lo establecido en el art.5 LCGC, por cuanto no cumple con el requisito de información clara y comprensible. Por ello, no es transparente. Además, dicha falta de información ha provocado una elección de contratación a la parte demandante que le ha supuesto la imposición de un desequilibrio y un perjuicio, como es el sufrir un interés más alto que el que resultaría de haber aplicado el EURIBOR como índice de referencia. Por ello, la cláusula es, conforme al art.82 TRLGDCU, abusiva. Y, conforme a los arts.7 y 8 de la LCGC, deben tenerse por nulas y por no incorporadas.

No cambia las cosas el hecho de que en la escritura pública el notario haga constar que el proyecto previo a la escritura haya permanecido durante tres días en su despacho a disposición de la parte prestataria y que no existan discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras de la escritura. Ello no significa que la información dada sea suficiente, puesto que, aun de haber acudido la parte demandante con anterioridad a la notaría a examinar el proyecto de escritura o la oferta vinculante, no se puede afirmar que hubiese obtenido información sobre cómo se calcula el IRPH, ni su evolución, ni su comparativa con otros índices.

SEXO.-, En lo que se refiere a la cláusula suelo, la cláusula financiera tercera bis, en su último párrafo establece que "el tipo aplicable del al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al DOCE ENTEROS PRO CIENTO ni inferior al TRES ENTEROS CINCUENTA CENTÉSIMA DE ENETERO POR CIENTO nominal actual". Dicha cláusula lleva por título TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA.

La STS de 9 de mayo de 2013 se pronuncia sobre la nulidad de las





cláusulas suelo. Dicha sentencia examina y declara la nulidad de una cláusula similar a la que es objeto en este proceso. Tal como dice en su fundamento décimo, esta cláusula es una condición general que define el objeto principal del contrato, por cuanto hace referencia a, al establecer un mínimo de intereses remuneratorios, al precio. Por ello, conforme indica el Tribunal Supremo, no cabe el control de su equilibrio. Ahora bien, también indica la referida sentencia que, si bien la cláusula puede cumplir los requisitos establecidos en la LCGC para poder ser incluidas en un contrato, no cumple, en lo relativo a la información que deba darse al consumidor, lo exigible, especialmente en lo que atañe a la claridad. Se dice que lo que teóricamente es un contrato con interés variable, acaba siendo realmente un contrato con interés variable en exclusiva al alza. Y el punto 225 de la sentencia, incluido en su fundamento decimotercero, dice:

En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

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) Se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Y en su fundamento decimosexto, punto 276, concluye:

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

a) Procede condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan.

b) Igualmente procede condenar a las demandadas a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan.

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

Por todo ello, la sentencia aludida en su fallo declara nula la cláusula suelo del mismo contenido que la que se incluye en el préstamo garantizado mediante hipoteca objeto de la presente ejecución. El punto séptimo del fallo de dicha sentencia dice:

Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por



Doc. electrònic garantit: signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/A/P/consultaCSV.html>
Data: 10/04/2017 12:53
Signat per: Marcus I...



a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En el presente caso considero que es de aplicación el criterio establecido en la STS 9 de mayo de 2013. La cláusula que fija el interés mínimo del 3,50% viene establecida en una cláusula que parece, a priori como de interés variable. Realmente es un contrato con interés variable con un mínimo fijo. No aparece la cláusula suelo lo suficientemente clara y reseñada como para entender que este límite opera realmente como una condición definitoria del precio a pagar por el dinero prestado, sino que aparece, de manera desapercibida para el prestatario, tras contener una abrumadora acumulación de datos de menor trascendencia. En este sentido, la escritura objeto del presente proceso tiene 55 folios y 15 cláusulas. De ellas, la tercera bis ocupa 4 folios casi, la mayoría de los cuales hacen referencia a un interés variable. Y, sin ninguna indicación especial que lo haga claramente identificable, en último párrafo, establece la cláusula suelo del 3,50%. Además, se inserta de forma conjunta como aparente contraprestación de una cláusula techo del 12%, techo que a la práctica difícilmente llegará a alcanzarse. **No consta prueba de haberse informado clara y comprensiblemente al prestatario, de manera concreta sobre la existencia de esta cláusula suelo. No consta que se haya entregado folleto informativo ni oferta vinculante donde este límite mínimo de tipo de interés aparezca claramente identificable. Por ello, teniendo en cuenta estos datos y que art.82.2 del TRLGDCU dice, en su párrafo segundo, El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba, considero que no hay prueba de haberse negociado individualmente dicha cláusula suelo con la parte demandante; y que es nula, por falta de claridad y comprensión. Por tanto, dado que esta cláusula suelo es nula, debe tenerse por no puesta.**

SÉPTIMO.- Es irrelevante, en lo que se refiere a lo fundamentado hasta ahora, el hecho de que las partes hayan novado el contrato y establezcan que el resto de condiciones, entre las que están las que se declaran nulas, quedan ratificadas y se muestren las partes conformes. Los mismos defectos de nulidad mencionados son predicables de la lo establecido en la escritura de novación de préstamo hipotecario. En definitiva, las partes confirmaban lo que conocían, pero

Doc. electrònic gabannt: sintc signatura-e. Adreça web per verificar: https://justicia.gencat.cat/ajp/consultasSV.html
Data: hora 10/04/2017 12:53
Signat per Manri Ferrer, 03836100





no hay prueba de que la parte demandante conociese lo que suponía el índice de referencia IRPH ni la existencia de una cláusula suelo.

OCTAVO.- En lo que se refiere a los intereses de demora, la cláusula financiera 6 los establece en el 19% nominal anual.

El artículo 82 del TRLGDCU califica de 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 el artículo 83 del mismo texto refundido sanciona con la nulidad de pleno derecho y tener por no puestas las cláusulas abusivas.

El artículo 85.6 del mismo texto legal califica como abusivas aquellas cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones; y el art. 87.5 también considera abusiva "cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva".

El interés de demora del 19% anual pactado es totalmente abusivo y desproporcionado si se atiende a otras normas legales que concretan los intereses moratorios para supuestos de incumplimiento. Y así, resulta que los intereses moratorios en operaciones comerciales, a las que se refiere la Ley 3/2004, desde su regulación nunca han superado el 11,5%; que la mora de las entidades aseguradoras en caso de retraso en el pago de las indemnizaciones a asegurados y perjudicados, se establece, según el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en el interés al tipo legal incrementado en un 50%; que desde 2001 el interés legal más elevado lo fue en los años 2008 y 2009 al 5,50% y el interés de demora a efectos tributarios, tampoco ha superado el 7%; que el interés de demora procesal se fija en el interés legal más dos puntos; que la vigente Ley de contratos de crédito al consumo (ley 16/2011, de 24 de junio) en su art. 20.4 establece que los créditos que se concedan en forma de descubiertos, en los contratos que permitan un descubierto tácito, no podrán aplicar un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; y, por último, el art.3.2 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, la reestructuración de la deuda y el alquiler social añade un tercer párrafo al art.114 de la Ley Hipotecaria que dice que "los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero". Si se tiene en cuenta esta normativa, así como que en 2003, fecha en que se pactó el interés de demora, el interés legal del dinero era un 4.25% y el interés de demora en un 5.50%, pactar unos intereses de demora del 19% anual es abusivo. Y por tanto, debe tener por no puesta dicha cláusula

NOVENO.- Dado que se declara la nulidad contractual, en relación con los intereses remuneratorios, debe acudir al artículo 1303 del Código civil, que prevé que una vez se declara la nulidad de una obligación, los contratantes tienen que restituirse las cosas que hubiesen sido objeto del contrato, con sus





frutos, y el precio con sus intereses.

Si bien es cierto que la STS 9 de mayo de 2013 niega eficacia retroactiva a los efectos de la nulidad, hay que tener en cuenta que esta doctrina ha quedado invalidada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016. En esta sentencia el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.

El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que, según la Directiva, las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas. El Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor. La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por consiguiente, la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo debe permitir la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor.

Por todo ello, procede condenar a la parte demandada a recalcular un nuevo cuadro de amortización, sin aplicación de dichas cláusulas relativas al IRPH y al mínimo fijo de interés. Y, en su caso, al reintegro a la parte demandante del importe cobrado en virtud de la aplicación de dicha cláusula declarada nula hasta que la misma se elimine del contrato, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde la fecha de cada cobro hasta su completo pago.

No puede aplicarse ningún índice de intereses sustitutivo. Ello supondría integrar el contrato, lo que está vedado por el TJUE. Conforme a doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas STJUE de 14 de junio de 2012, asunto Banco Español de Crédito S.A., C-618/2010), que es de aplicación al caso, en tanto la norma de protección de los consumidores es trasposición de la Directiva 93/13/CE, la nulidad de cláusulas abusivas es controlable de oficio por los Tribunales, sin que la norma procesal pueda ser un óbice para dicho control. La mencionada sentencia también dispone que "del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 (Directiva 13/93/CEE) 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 en cuestión 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." De otro modo, "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 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen

Doc. electrònic garantit: <https://ejusticia.gencat.cat/ajp/consultas/CS7.html>
Data: 10/04/2017 12:53
Signat per: Miquel Fageda





Estimo la demanda y, en su virtud:

Declaro nula la cláusula financiera tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003, en cuanto que establece como índice de referencia el IRPH entidades e IRPH bancos tipo fijo.

Declaro nula la cláusula financiera tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003, en cuanto que establece un tipo de interés remuneratorio mínimo del 3,50%.

Declaro nula la cláusula financiera sexta de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de abril de 2003, en cuanto que establece un tipo de interés de demora del 19% anual.

Condeno a BBVA, S.A. a recalcular un nuevo cuadro de amortización, sin aplicación de dichas cláusulas relativas al IRPH y al mínimo fijo de interés remuneratorio. Y, en su caso, al reintegro a la parte demandante del importe cobrado en virtud de la aplicación de dichas cláusulas declaradas nulas hasta que la misma se elimine del contrato, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde la fecha de cada cobro hasta su completo pago.

Condeno en costas a BBVA, S.A.

Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación en el plazo de 20 días a partir de su notificación a las partes, ante la ILMA Audiencia Provincial de Barcelona.

Así por esta mi Sentencia de la que se llevara certificación literal a los Autos, lo pronuncio, mando, y firmo.

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

Data: 17/04/2017 12:53

