



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 4 BENIDORM

Paseo DELS TOLLS,S/N

TELÉFONO:

N.I.G.: 03031-42-2-2016-0002270

Procedimiento: Asunto Civil 000627/2016

SENTENCIA N° 40/2017

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª NURIA JURADO ROMAN

Lugar: BENIDORM

Fecha: veintiocho de febrero de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado: Sr. Martínez Blanco

Procurador: COSTA ANDREU, JULIO

PARTE DEMANDADA BANKIA S.A.

Abogado: Sr. Ferrández Pina (en sustituc. de Sra. Lluch Gayán)

Procurador: Sa. GUICH (en sustituc de Sra Valero Mora) en segunda sesión de juicio) y Sra. Gonzalez Lagier (en sustituc de Sra. VALERO MORA) en primera sesión de juicio

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

Fecha de celebración: dos sesiones en días 18 de enero y 23 de febrero de 2017 (por práctica de Diligencia Final testifical)

ACCION DE NULIDAD DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION y de CONDENA AL REINTEGRO DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 05/05/2016 se presentó por la representación procesal de la parte actora demanda de Juicio ordinario frente a

BANKIA SA solicitando que se declarara la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos con garantía hipotecaria de fechas 04 de abril de 2006 y 14 de abril de 2010 relativas a los índices de referencia aplicables, manteniendo en su integridad todas las demás estipulaciones y se condenara a la demandada a las peticiones que se contienen en el suplico de su demanda de restitución a la actora de cantidades abonadas por aplicación de esas cláusulas a determinar en ejecución de sentencia, con imposición de costas a la demandada.

SEGUNDO: Admitida la demanda por Decreto de fecha 23/05/2016, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándola para que la contestara en el plazo de veinte días.

Por la entidad BANKIA SA se presentó escrito de contestación a la demanda en fecha 21/06/2016 en la que se opuso a la demanda por las razones que constan en su escrito, solicitando su desestimación con imposición de costas a la actora.

TERCERO: Celebrada la Audiencia previa con la admisión de prueba que consta en el sistema de grabación audiovisual de este juzgado, se señaló día para la celebración del juicio y practicada la prueba, los autos quedaron vistos para sentencia.

CUARTO: En el presente procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes fácticos.-

Por Escrito de demanda de 05/05/2016 se pone en conocimiento de este tribunal, entre otros extremos que se dan por reproducidos, que el 4 de abril de 2006 los demandantes suscriben contrato de préstamo hipotecario con la demandada BANKIA SA (entonces Caja Madrid) mediante escritura pública, siendo préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 174.000 euros de capital, plazo de amortización de 30 años con tipo de interés variable _Doc. 1 del escrito de demanda-, estableciendo un período inicial de interés fijo al tipo del 3,25% revisable semestralmente, y posteriormente un tipo consistente en adicionar un margen del 0,50% al índice de referencia denominado 'Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años para adquisición de vivienda libre, de Bancos' (IRPH BANCOS) y un índice sustitutivo en caso de desaparecer el primero denominado 'Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro (CECA), ambos hoy desaparecidos.

Posteriormente el 14 de abril de 2010 los demandantes suscriben con la demandada título de ampliación de hipoteca ante notario siendo ampliación de capital prestado por importe de 7.260,40 euros, con

ampliación de plazo de amortización a 40 años y variación del tipo de interés coincidente exactamente en mismas condiciones que la escritura inicial, excepto en el índice sustitutivo, que pasó a ser el 'Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro' (IRPH CAJAS) -obrante al Doc. 2-; constituyéndose hipoteca sobre la vivienda habitual de los demandantes sita en Benidorm.

Alegan los demandantes que durante conversaciones previas se informó por la entidad demandada a los actores que las condiciones iban a ser muy beneficiosas, sin ofrecer escenario de simulación ni información relativa sobre efectos en hipotecas, creyendo los mismos que se les ofrecía un préstamo variable del 0,50% más Euribor (que en años 2006 y 2010 era el índice aplicado a las hipotecas); siendo que aprovechando el desconocimiento de los demandantes el índice de referencia no beneficiaba en ningún caso -Docs. 6 y 6.1-, siendo engañados dado que en los años 2013 y 2014 el Euribor comenzó a descender bruscamente mientras que la hipoteca no descendía sino que los demandantes cada vez pagaban más.

Los actores solicitan la nulidad de la cláusula de los contratos del préstamo hipotecario de 4 de abril de 2006 y de la ampliación del mismo de 14 de abril de 2010; respecto de la escritura de préstamo hipotecario de 2006, la **cláusula TERCERA BIS-TIPO DE INTERESES VARIABLE** que dispone que *Primero.- El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales contados desde la fecha de firma del presente contrato, siendo durante el primer semestre, el que figura en el primer apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres, el tipo a aplicar será el tipo medios de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Bancos, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOER para los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable destinados a adquisición de vivienda, sin redondeo incrementada en CERO CON CINCO puntos porcentuales.*

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico período de tiempo, con carácter supletorio, el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro, vigente en el momento de revisión, que igualmente el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto.

Y respecto de la escritura de ampliación de hipoteca de 2010, la **ESTIPULACION SEGUNDA:**

*El tipo de interés pactado se determinará por períodos **anuales** contados desde la fecha de firma del presente contrato, siendo durante el primer **año**, el que figura **en el párrafo anterior**. Para **años sucesivos**, el tipo a aplicar será el tipo medios de los préstamos hipotecarios a más de tres años para*

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se

tomará en la fecha de revisión y para idéntico período de tiempo, con carácter supletorio, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE, para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a adquisición de vivienda, vigente al momento de la revisión, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto.

Siendo que el apartado de intereses establece el tipo de referencia IRPH en vez del habitual Euribor en esa fecha, siendo que la demandada no entregó oferta vinculante previa a la firma del contrato; entendiéndose los demandantes que esas cláusulas imponen a los mismos un interés abusivo por la aplicación del IRPH que no han sido objeto de negociación individual al ser condiciones generales de la contratación, habiendo cumplido los demandantes con el pago de las cuotas del préstamo, habiendo abonado hasta la fecha del escrito de demanda, por aplicación del IRPH en lugar del Euribor, más de 18.412 euros y más de 51.240 euros de lo que correspondería, lo que supone un exceso de cuota mensual de 185,64 euros; habiendo sido inútiles los intentos de reclamación extrajudicial -Docs. 4 y 5-; y SOLICITA: (1) se declare la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecario y de ampliación de hipoteca de 4 de abril de 2006 y de 14 de abril de 2010 respectivamente, la TERCERA BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE (en el préstamo inicial), relativas a los índices de referencia aplicables, manteniendo en su integridad todas las demás estipulaciones; (2) se condene a la demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas de más hasta la fecha por aplicación de los índices de referencia a determinar en ejecución de sentencia, y al pago de las costas.

Por Decreto de fecha 23/05/2016 se admite a trámite la demanda.

Por Escrito de fecha 22/06/2016 la demandada SE OPONE a la demanda alegando la validez y no abusividad de la CLÁUSULA TERCERA BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE y de la ESTIPULACION SEGUNDA de la ampliación del préstamo, negando los extremos alegados por la parte actora entendiéndose que el IRPH CAJAS DE AHORRO e IRPH BANCOS ha sido plenamente admitido por ley hasta fechas recientes; alegando la imposibilidad de declarar nulos los intereses remuneratorios; y SOLICITA se desestime la demanda y costas a la actora.

SEGUNDO.- Acción ejercitada.-

Ejercita la parte actora una acción contra la entidad BANKIA SA que versa sobre la nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad por reintegro de cantidades indebidamente cobradas conforme a los arts. 3, 8b), 1980 y 82.1º y 2º del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto refundido de la LGDCYU y otras leyes complementarias (TRLDCU), art.3.2 de la

Directiva 93/13, arts. 5.5, 7, 8.2 y 10LCGC.

TERCERO.- Prueba practicada.-

Los HECHOS CONTROVERTIDOS son si se negoció el IRPH si la parte actora recibió información y si se le entregó oferta vinculante por la entidad demandada; y si sabía que se le iba a aplicar el IRPH como interés ordinario y si lo comprendía; todo ello respecto de la CLÁUSULA TERCERA BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE del préstamo hipotecario de 2006 y de la ESTIPULACION SEGUNDA de escritura ampliación de ese del 2010.

Como CUESTION PREVIA se comprueba por SSª que en las escrituras se habla de IRPH de BANCOS y en la segunda escritura no se modifica al de CAJAS, alegando la parte actora que de CECA pasa al IRPH CAJAS; si bien la demandada manifiesta ser incierto que en la segunda escritura se mantiene el IRPH BANCOS, si bien por causas ajenas a la demandada se cambia de IRPH BANCOS a IRPH ENTIDADES DE CREDITO en cumplimiento de la normativa y no es cierto que la demandada aprovechara para cambiarlo porque sí.

En la fase de PRACTICA de PRUEBA de la PARTE ACTORA, la Testifical de D. RAFAEL JORGE MARTINEZ GOSALBEZ conforme a la escritura del año 2006 quien manifiesta que *en 2006 era director en Oficina de Rincon de Loix Benidorm, que su mision era dar visto bueno y tenia a su equipo y no recuerda si fue él directamente o su equipo el que gestiono la hipoteca; que él supervisaba a su equipo y operaciones y que en 2008 dejo de trabajar en esa oficina, que el préstamo llevado a cabo fue una hipoteca sobre vivienda que se concedian de forma habitual de forma sistematica, que fue una mas, se concedia hasta el 80% dependiendo de tasacion y precio compra venta y en las condiciones mas beneficiosas; que el índice irph era el que mas trayectoria tenia y el euribor estaba mas alto y el irph era mas tranquilo y las revisiones eran mas largas con lo que salia ganando; que se hacían simulaciones; que las condiciones del irph, las hipotecas son todas estandars con avalista o sin el y se le ofrecio el tipo que en esos momentos a ellos les aconsejaban; que el mercado, el día a día se lo aconsejaba que se veia que estaba en el mercado; que el irph estaba entonces en mejores condiciones que el euribor; que en 2006 si el euribor no era el indice principal, que se podia aplicar el que quisiera; que en 2006 era un indice minoritario el euribor que era el mas caro; que se ofrecen a los clientes simulaciones en directo con el terminal y se le dan apuntes, pantallazos, folletos, **que la oferta vinculante es opcional que no recuerda si se la entregaron**, que le ofrecían al cliente diciendo que esa oferta o indice era la mejor; que el irph era mas tranquilo y euribor fluctuaba mas que el otro y el euribor ha dado un bajon muy importante y hoy está por debajo del irph; que las mismas condiciones se aplicaban a españoles que a extranjeros; **que respecto a la oferta vinculante era por norma interna les exigian entregarla a los clientes por controles internos era obligatorio su***

entrega. *Que explicaban a los clientes al pedir préstamos que estaba el mismo producto con euribor además del IRPH y el CECA; que el cliente elegía y decidía el tipo de ints y le ponían cuotas y simulaciones; que no es posible que por alguna causa pudo ser que el cliente firmara escritura y que haya firmado con euribor en vez de con otro índice, porque el notario les leía la escritura hipoteca; que entiende que el notario leyó escritura íntegra ya que debía puntualizar mucho en condiciones económicas; que no recuerda si los actores habían contrastado el producto con otras entidades.*

Respecto a la Testifical de D. FRANCISCO JAVIER TOMAS MUÑOZ interviene en escritura 2010 novación de capital, al no comparecer el día del juicio en la primera sesión celebrada, se requiere por 5 días a la parte actora, ofreciéndose la parte demandada a fin de su localización se le requiere por 5 días que averigüe si el testigo era empleado de Bankia al momento de la segunda escritura de novación o si es empleado de una gestora anexa a Bankia; interrumpiéndose la celebración del juicio con reanudación una vez conste citación al testigo para su práctica y la de las conclusiones; conforme al art. 193.1-3º LEC a celebrar el día 23/02/2017; y una vez llegada la fecha de la segunda sesión de juicio, el Testigo antedicho manifiesta *ser autónomo y a la fecha de las escrituras trabajaba en una gestoría, que en su momento eran subapoderados de la entidad demandada y que su labor era llevar la información que le facilitaba la demandada, al cliente; cotejaban que era correcta la escritura y la llevaban al cliente, que tenían una minuta con las características de cada préstamo que se firmaba, que los documentos no recuerda si había documento que firmara el cliente, que en principio el cliente solo firmaba la escritura en la notaría; que ellos explicaban al cliente lo que el Banco les había comentado y que al día de la novación ellos estaban presentes en representación de la entidad bancaria; que en el año 2010 las mayoritarias escrituras que se firmaban casi todo era euribor y también había de IRPH; que siempre comentaba con el cliente las operaciones, se le explicaba al cliente, que le explicaba lo que había si bien no lo que era cada cosa de IRPH o EURIBOR en su caso.*

CUARTO.- Jurisprudencia y Doctrina.-

La cuestión planteada en la presente litis, ha sido plenamente resuelta por nuestro Tribunal Supremo en sentencia nº 241/13 de 9 de Mayo de 2013, seguida posteriormente por sentencias nº 464/14 de 08 de Septiembre; y 138/15 de 24 de Marzo del mismo Tribunal y posteriores.

Señala la sentencia de 9 de Mayo de 2013 que *"el apartado 1 del artículo 1 LCGC. dispone que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*.

La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes --aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario--, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor; la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

De lo anterior cabe concluir que:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando la otra parte no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario que la ha impuesto, hecho que en el presente supuesto no ha conseguido acreditar, dado que únicamente aporta el documento de oferta vinculante (documento número tres de la contestación)

La sentencia del Tribunal Supremo nº 464/14 de 08 de Septiembre precisa que *"la valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (nº 241/13). 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 anterior doctrina es plenamente aplicable al caso enjuiciado, y al respecto, el Tribunal Supremo zanja la cuestión y considera a la

cláusula suelo como una condición general de contratación y, por ende, sometida a control sobre su abusividad, siendo, como en el caso presente, cláusula prerredactada por la entidad bancaria prestamista y que se incorporan a una multiplicidad de contratos de la misma naturaleza del que trae causa el presente procedimiento; cláusulas que no han sido por ello fruto de una negociación o al menos dicha negociación no ha sido acreditada por la prestamista.

La cláusula analizada cumple la finalidad de proteger al banco prestamista de las oscilaciones a la baja que pudieran experimentar los tipos de interés durante el pago del crédito hipotecario. Asegurándose un tope mínimo alto, ante la caída de dichos tipos, y previniendo un techo alto con el claro conocimiento de que nunca se alcanzará por las fluctuaciones del mercado. El establecimiento de la cláusula suelo provoca como efecto contrario que el prestatario nunca pueda beneficiarse de la disminución que el mercado del dinero tenga el tipo de interés si éste se sitúa por debajo del mínimo establecido en la cláusula suelo ("la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses del prestamista frente a las bajadas del índice de referencia" nos dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2.013). No se da pues con ella un real y efectivo reparto de riesgos entre las partes, haciendo gravitar éstos sobre el prestatario que deberá abonar un interés mayor cuando éste se produce y sin embargo no podrá beneficiarse de una reducción por debajo del suelo establecido.

Lo expuesto es plenamente aplicable al caso de las cláusulas de IRPH.

Asimismo, en materia de transparencia, el TS en ST de 9 de mayo de 2013 concluye la falta de transparencia cuando: "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.

En atención a lo expuesto, ésta Juzgadora concluye por considerar la total falta de transparencia de la cláusula IRPH objeto de éste procedimiento, lo cual ha de dar en su declaración de nulidad de conformidad con la normativa que ha quedado expuesta y la interpretación que de la misma nos ofrece el TS.

Las mismas consideraciones anteriores cabe aplicar al tipo de referencia utilizado en el contrato de préstamo. En este caso nuevamente hay que partir de que la *STS de 5 de mayo de 2013* recuerda que las condiciones o cláusulas que contemplan

elementos esenciales del contrato (como lo es el precio), no pueden ser objeto de análisis desde la óptica del desequilibrio (parágrafo 196); sin embargo, sí han de poder examinarse a la luz de la transparencia y claridad a efectos de incorporación en el contrato. El tipo de referencia utilizado en el contrato, IRPH, no es nulo "per se", sino que es un cláusula lícita, en coherencia con la OM 5 de mayo de 1994 y la OEH 2899/11, de 28 de octubre. Por su parte, la *ley 14/13 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores (D.A. 15ª)* recoge su desaparición, pero lo sustituye por otro similar ("tipo medio de préstamos hipotecarios a más de 3 años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito de España"). Lo que constituye el núcleo de la pretensión ejercitada es el carácter abusivo en la actuación de la demandada, en cuanto a la modificación a su arbitrio y en su beneficio el tipo de referencia y en este caso la demandada únicamente aporta la oferta vinculante (documento nº 3) pero no la solicitud de estudio del préstamo de la parte actora, ni el folleto informativo, ni justificante de entrega del folleto de tarifas y comisiones aplicables, ni simulación de la evolución del préstamo, con detalle del primer periodo del mismo, de interés fijo, y del periodo a interés variable IRPH y cuadro de amortización, por lo que entendemos que el Sr. Orozco Cardona no tuvo la información necesaria que permite al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, y que incide directamente en el contenido de su obligación de pago. Por todo ello procede la declaración de nulidad solicitada.

Con respecto a la retroactividad, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de Marzo de 2.015 declara que respecto a la nulidad parcial de la cláusula suelo, hay que señalar que "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de Mayo de 2.013 , ratificada por la de 16 de Julio de 2.014 (Rc. 1217/2013) y la de 24 de Marzo de 2.015 (Rc. 1765/2013) se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de Mayo de 2.013 ".

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de Marzo de 2.015, valorando el carácter abusivo de la cláusula suelo conforme al criterio de la buena fe, considera que con carácter general las entidades bancarias obraban de buena fe al incluir este tipo de cláusulas en los contratos con sus clientes, y ello por lo siguiente:

"a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas.

b) Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas -el IBE indica como causas de su utilización el coste del dinero, que está constituido mayoritariamente por recursos minoristas (depósitos a la vista y a plazo), con elevada inelasticidad a la baja a

partir de determinado nivel del precio del dinero, y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos, que son independientes del precio del dinero-

c) No se trata de cláusulas inusuales o extravagantes. El IBE indica en el apartado 2 referido a la cobertura de riesgo de tipos de intereses que en España "(...) casi el 97% de los préstamos concedidos con la vivienda como garantía hipotecaria están formalizados a tipo de interés variable".

d) Su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado -su peso, afirma el IBE, ya en los años anteriores a 2004, alcanzaba casi al 30% de la cartera-

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos- en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de esta sentencia.

Por esto, la Sentencia mencionada concluye, por su parte, que "a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 Mayo 2.013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados , pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia.

Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 Mayo 2013 "

Hasta hace relativamente poco conforme ala abusividad de la cláusula litigiosa, procedía aplicar la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto procesal, limitando la retroactividad de los efectos restitutorios a la fecha mencionada de la **STS de 9 de mayo de 2013**, conforme expone la **STS de 25 de marzo de 2015**.

Si bien conforme a la última Jurisprudencia en **STS de 21 de diciembre de 2016** se elimina ese límite temporal reconociendo el TS los **EFFECTOS EX TUNC** con reintegro de cantidades desde la fecha de suscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE, y los jueces nacionales en virtud de la mencionada **DOCTRINA JUDICIAL SOBREVENIDA** hemos de aplicarla al ser la Directiva 93/13/CEE de obligado cumplimiento y de aplicación directa en la legislación nacional.

Las cláusulas suelo tienen cierta similitud con las **cláusulas de IRPH**. El IRPH es el segundo índice de referencia más usado en España para calcular los intereses de las hipotecas, pero cotiza más de 2 puntos

por encima del euríbor. La Unión Europea obligó a España a suprimirlo en 2011 por considerar que era manipulable, pero el Gobierno lo ha mantenido tras unos cambios mínimos, según la información de los medios de comunicación. Este índice se calcula en base al precio al que se prestan las entidades financieras, aunque en este caso solo se tienen en cuenta las españolas. Cuando el euríbor comenzó a bajar los hipotecados detectan que su carga de intereses no se reducía como preveían; y mientras el euríbor entró en caída libre, el IRPH apenas se ha movido. En la actualidad, el IRPH cotiza en torno al 2,030%, frente al interés negativo (-0,026%) que marca el euríbor.

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), es el segundo índice más utilizado en los préstamos hipotecarios, caracterizado por la falta de transparencia en su comercialización y su desequilibrio contractual, favorable siempre a las entidades de crédito frente a otros índices como son el Euríbor. Lo que empezó por una reclamación por la manipulación del índice IRPH al reducirse el número de entidades sobre las que se calculaba como consecuencia de la concentración bancaria surgida de la crisis ha derivado en reclamaciones de nulidad por falta de transparencia conforme a los criterios esgrimidos por el **Tribunal Supremo en su sentencia del 9 de mayo de 2013**. El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH), en España, oficialmente denominado tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, es la media aritmética simple de los tipos de interés medios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices. Su nombre oficial es "**Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España**" y como su propio nombre indica, se calcula con la media mensual del interés aplicado a las hipotecas de nueva constitución.

El IRPH es un tipo de interés cuyas siglas significan "Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios". Después del Euríbor, el IRPH es el tipo de interés más común en España, y cientos de miles de hipotecas están referenciadas a este índice. Hasta noviembre de 2013 existían tres tipos: **IRPH Cajas, Bancos y Entidades**. En noviembre de 2013, después de que en el año 2009 la Unión Europea ordenase la desaparición del IRPH, el IRPH Cajas y el IRPH Bancos dejan de publicarse. Sin embargo, el **IRPH Entidades se mantiene**, a pesar de que la forma de calcularse es igual de 'manipulable' que las anteriores. A partir de ese momento, las hipotecas que estaban referenciadas al IRPH Cajas o al IRPH Bancos tienen que pasar a referenciarse al índice sustitutivo indicado en el préstamo hipotecario. En algunos casos, al Euríbor, en otros, al IRPH Entidades, y en algunos más los bancos dejan fijo hasta el final de la hipoteca la última publicación de dicho índice. El problema viene porque **el IRPH se obtiene de la media mensual de**

los intereses aplicados, si bien son las entidades bancarias los que ofrecen dichos intereses en sus hipotecas, así que las entidades pueden influir en este índice: de ahí **la falta de objetividad.**

El IRPH está bastante más alto que el Euribor; en septiembre, el Euribor cerró al 0,154%, mientras que el IRPH lo ha hecho al 2,182%. A esta cifra hay que sumarle el diferencial pactado en la hipoteca, y de ahí salen los intereses que los afectados pagan cada mes por su crédito hipotecario. Obviamente, si el IRPH es más de dos puntos superior al Euribor, quien tiene IRPH paga bastante más al banco por su hipoteca.

En este orden de cuestiones, el IRPH se está convirtiendo en una nueva Cláusula Suelo, apreciando en el mismo criterio razonable de **falta de transparencia en la comercialización al margen del inicial que se había planteado qué es la falta de objetividad del propio IRPH y que ha reconocido el propio Banco de España.**

El IRPH ofrece tres modalidades diferentes: Bancos, Cajas de Ahorro y la totalidad de las Entidades. IRPH de bancos: es la media de los préstamos a tres años concedidos por estas entidades. IRPH de cajas de ahorro: se calcula según las ofertas hipotecarias de las cajas de ahorros. IRPH del Conjunto de Entidades: se calcula teniendo en cuenta todas las entidades.

Se publica por el Banco de España en el BOE, y con anterioridad se le conocía como DGTPF (Dirección General del Tesoro y Política Financiera). Por lo general, su valor está por encima del MIBOR (EURIBOR), entre un 1.5% y un 3% por encima, aunque su oscilación es más lenta, en especial en la bajadas. De todos modos, la "oscilación lenta" del IRPH es un concepto teórico que no se ha dado siempre en la realidad. El principal argumento de comercialización del IRPH fue, precisamente, la estabilidad de las cuotas mensuales, con lo que se ofrecía como un índice "sin riesgos" especialmente pensado para las clases medias (funcionarios, autónomos, asalariados, pequeños empresarios, etc.). En la realidad, dado que los diferenciales que aplicaban los bancos podían oscilar (y se sumaban para el cálculo de cada IRPH mensual) el índice IRPH no se comportó con la estabilidad que se espera en una media de datos, tal como quedó reflejado en el informe del Síndic de Greuges de Cataluña (Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma). En dicho informe se observa que el IRPH es mucho más inestable que el Euribor en numerosos períodos.

En el caso de autos los actores solicitan la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario de 4 de abril de 2006 y de la ampliación del mismo de 14 de abril de 2010; respecto de la escritura de préstamo hipotecario de 2006, la **cláusula TERCERA BIS-TIPO DE INTERESES VARIABLE** que dispone que *Primero.- El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales contados desde la fecha de firma*

del presente contrato, siendo durante el primer semestre, el que figura en el primer apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres, **el tipo a aplicar será el tipo medios de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Bancos, vigente en el momento de la revisión**, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOER para los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable destinados a adquisición de vivienda, sin redondeo **incrementada en CERO CON CINCO puntos porcentuales**.

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico período de tiempo, con carácter supletorio, el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro, vigente en el momento de revisión, que igualmente el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto.

Y respecto de la escritura de ampliación de hipoteca de 2010, la **ESTIPULACION SEGUNDA:**

El tipo de interés pactado se determinará por períodos **anuales** contados desde la fecha de firma del presente contrato, siendo durante el **primeraño**, el que figura **en el párrafo anterior** Para años **sucesivos**, el tipo a aplicar será el tipo medios de los préstamos hipotecarios a más de tres años para

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico período de tiempo, con carácter supletorio, el **tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro**, vigente en el momento de revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el BOE, para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a adquisición de vivienda, vigente al momento de la revisión, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto.

Conforme a la lectura de las cláusulas de los contratos suscritos entre _____ con **BANKIA SA**, no queda claro para un consumidor sin conocimientos de productos financieros lo que está contratando en cuanto al precio que debe pagar el dinero prestado por el Banco, incluso leyendo las cláusulas no se sabe que se está hablando del conocido como IRPH por cuanto no figuran sus siglas sino la nomenclatura en toda su extensión (siendo mayormente conocido por las siglas en el tráfico bancario); no quedando acreditado que hubiera simulación de escenarios a fin de poder comparar los demandantes lo que estaban firmando con otros productos bancarios; en este sentido la Testifical practicada al director de la oficina quien manifiesta que de forma sistemática se ofrecía ese tipo de escrituras con irph porque ellos entendían conforme al mercado que era más beneficioso para el cliente; si bien esta creencia está viciada de origen por cuanto la realidad que ocultaba el IRPH es la que

se encuentra en masa en la actualidad en los tribunales declarando la nulidad de esta práctica bancaria como ya ocurrió anteriormente en el tiempo con la cláusulas suelo; siendo que conforme a la testifical del director de la oficina se les ofrecía por defecto el irph por entender que era mejor; desde esa forma de trabajar en la práctica bancaria se encubre la falta de transparencia porque lo que en ella creencia de la entidad demandada era más beneficioso, en la realidad ha resultado no serlo; no consta acreditado igualmente ni entrega de oferta vinculante por la entidad demandada a la parte actora, y en este sentido el testigo manifiesta que se le debió entregar si bien no lo recuerda, ni escenarios simulados ni información clara; y prueba de ello es que los años van transcurriendo y el importe que pagan los clientes actores por su hipoteca no disminuye, siendo conscientes en ese momento que no es real la idea que les ha vendido el Banco con el IRPH, sintiéndose engañados; habiendo reclamado previamente a la entidad demandada, por lo que debe estimarse su petición con reintegro de cantidades conforme al art 1303CCivil; en este sentido el testigo de la gestoría a mayor abundamiento y a preguntas de SSª indica que se les decía a los clientes si iban a firmar con euribor o en su caso con IRPH si bien no se les explicaba que era uno y otro índice en cuanto a su comprensión y diferenciación, y que seguía las indicaciones que le había dado la entidad bancaria al asistir en su representación a la firma de las escrituras; en el mismo sentido no consta documento previo de información a los clientes demandantes por parte de la entidad demandada, por lo que la cláusula cuya nulidad se demanda no supera control de transparencia ni de abusividad.

En este sentido ya hay Sentencias como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 en fecha 22 de enero de 2017 al entender la nulidad de la cláusula en la que se establece ese índice por su "carácter abusivo", manteniendo la vigencia del contrato hipotecario sin su aplicación: seguir pagando mes a mes el capital, pero sin abonar intereses, condenando al Banco, a devolver los intereses cobrados desde que el índice empezó a aplicarse, incrementados con el interés legal del dinero, sin constar que los clientes fueran informados de en qué consistía este índice o cuál fue su evolución, "siempre por encima del euríbor", entendiéndose que hubo falta de transparencia, siendo que el IRPH ha llegado a estar hasta 3 puntos por encima del euríbor.

Este tipo de índices se introdujeron de forma engañosa, si comparamos la evolución histórica del Euribor y la de los IRPH o, si se quiere, con la del IRPH Entidades más favorable que el de la CECA, el de Cajas o Bancos, ya desaparecidos. Si a un cliente se le muestra antes de firmar la comparación histórica, desde 1999, mes por mes, entre el porcentaje del Euribor y el de cualquiera de los IRPH pudiendo comprobar que en los casi 200 meses de coexistencia siempre el IRPH ha sido superior al Euribor y que incluso lo ha sido en muchas ocasiones en un porcentaje superior a dos puntos (en la actualidad con un Euribor en mínimos históricos y en negativo, el IRPH es de un 2%), es evidente

que ningún cliente en su sano juicio hubiera optado por el IRPH en lugar del Euribor. Por esta cuestión igualmente aplicable al presente procedimiento de **JO nº 627/2016**, debe estimarse la demanda; entendiéndose que el IRPH ha sido impuesto y no ha sido objeto de negociación individual al ser condición general de la contratación.

Un buen ejemplo de esto es la sentencia dictada a favor de una afectada representada por uncolectivo en el Juzgado número 3 de Primera Instancia de Castellón. La magistrada Elisa Marti Vilache ha declarado nula la cláusula en la que liga la hipoteca al índice IRPH y obliga a la entidad financiera, CaixaBank, a restituir todos los intereses cobrados de más a la demandante. Lo más destacado de esta decisión es que para sustentar su argumentación cita sentencias referidas a las cláusulas suelo. Y como en aquellas, se basa en la falta de transparencia y en la escasa información sobre la naturaleza y riesgos que implicaba este índice para justificar su nulidad.

La cuestión fundamental del IRPH aplicado a las escrituras sucritas por con la entidad **BANKIA SA** es que se calcula como una media simple, y que el Banco de España lo calcula sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, resultando una falsa realidad que se trata de un tipo de interés obtenido exclusivamente a partir de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito, por lo que carece de objetividad; siendo que una de las partes del contrato, con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes. De este modo las entidades financieras influyen en el valor absoluto del tipo de interés IRPH de ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice.

Por lo expuesto cabe estimar totalmente la demanda.

QUINTO.-Costas procesales.-

En aplicación de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC procede la imposición de costas al demandado al haber sido estimada la pretensión principal de nulidad. a demanda.

FALLO

Que estimando totalmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. COSTA ANDREU en nombre y representación de D^a. con la asistencia del Letrado Sr. Martínez Blanco contra la entidad **BANKIA SA** debo:

(1) declarar la nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo hipotecario y de ampliación de hipoteca de 4 de abril de 2006 y de 14 de abril de 2010 respectivamente, CLÁUSULA TERCERA BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE (en el préstamo inicial) y ESTIPULACION SEGUNDA (en contrato de ampliación), relativas a los índices de referencia aplicables, manteniendo en su integridad todas las demás estipulaciones;

(2) condenar a la entidad demandada a calcular y restituir a la parte actora las cantidades abonadas de más desde las respectivas fechas de suscripción de los contratos hasta la fecha de su total pago por aplicación de los índices de referencia, a determinar en fase de ejecución de sentencia (en virtud de la cláusula declarada nula), más los intereses legales desde la fecha de cada cobro; y al pago de las costas.

Notifíquese a las partes la presente Resolución, advirtiéndoles que no es firme, y que contra la misma cabe la interposición del Recurso de Apelación ante este Juzgado y para la Audiencia Provincial de Alicante, en el plazo de 20 días.

Líbrese testimonio de la presente Sentencia que se unirá a los presentes autos, quedando el original en el libro de Sentencias de este Juzgado.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo

La Juez
Admon

La Letrada de la

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Juez que la dictó en el día de su fecha y en audiencia Pública, doy fe.