



Notif. Lexnet: 09/06/2017
Letrado: Carles Pastor García
Cliente:
Contrario: BANKIA

Mi Ref. 2016/61

Juzgado Primera Instancia 5 Igualada
Pg. Verdaguer, 113-117/ cant. c. Lleida
Igualada Barcelona
TEL.: 936938192
FAX: 93 693 80 24
NUM. CUENTA BANCARIA DEL JUZGADO IBAN ES 4592 0000

Jordi Bordallo Montalvo
Procurador dels Tribunals
- Igualada -
c/. Indústria, 50, Local, 08764 - Piersa
Tlf./Fax 636521095 / 93 7760624
JB.procurador@hotmail.com

N.I.G.: 08102 - 42 - 1 - 2016 - 8100011

Procedimiento Procedimiento ordinario 282/2016 **Sección A**

OBJETO DEL JUICIO : Civil

Parte demandante

Procurador JORGE BORDALLO MONTALVO

Parte demandada BANKIA, SA

Procurador M. REMEI PUIGVERT ROMAGUERA

SENTENCIA Nº 81/2017

Igualada, 1 de junio de 2017

Vistos por D^a María Ruiz Castejón, Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº6 de esta localidad los autos de juicio ordinario número 282/16, promovidos por el procurador Jordi Bordallo Montalvo, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED], defendidos por letrado Carlos Pastor García, contra BANKIA, defendido por letrado Javier López López, y representado por el procurador Remei Puigvert Romaguera.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 20.05.16 fue repartida a este juzgado demanda de juicio ordinario, promovida por el procurador Jordi Bordallo Montalvo, en la indicada representación, en la que después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que estimó de aplicación, solicitó que se dictara una sentencia por la que:

"1. Es declari la nul·litat per abusives de la clàusula que estableix que el tipus de referencia del préstec a interès variable es l'IRPH CAIXES, continguda a la "CLAUSULA TERCERA-BIS.- TIPO DE INTERES" a les pàgines 24 i 25 de l'Escritura de Préstec Hipotecari de data 10/08/2005.

2. Es condemni a l'entitat BANKIA a retornar la totalitat del interessos abonats en aplicació del índex de referència IRPH i subsidiàriament es condemni a BANKIA recalcular de l'operació creditícia, sense l'aplicació de la clàusula



Administració de Justícia a Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña



declarada nul·la i aplicant el tipus de referència EURIBOR i l'abonament als actors d'aquelles quantitats pagades de més per aplicació del IRPH en relació al índex de referència EURIBOR, i ambdós supòsits els interessos acreditats des de la data de l'efectiu pagament de les quantitats fins a data de sentència.

3. Es declari la nul·litat per abusives de les clàusules que imposen al meus representats les despeses derivades de la celebració del contracte de préstec hipotecari i la seva novació com a conseqüència de la intervenció notarial, registral, honoraris gestoria i el pagament dels tributs contingudes a les lletres b) c) i d) del a CLÀUSULA "QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PRESTATARIA" (pàg 33 i 34) de l'Espectura de Préstec Hipotecari de data 10/08/2005.

4. Es condemni a l'entitat BANKIA, S.A. restituir als meus representats totes aquelles quantitats satisfetes en concepte de despeses per aranzels notariais, registrais, honoraris gestoria i d'impostos vinculades a l'atorgament de les escriptures de la hipoteca que s'acreditin en el procediment, i que provisionalment es fixen en 3.426.96€, més els interessos meritats des de l'efectiu pagament de les despeses.

5. Es declari la nul·litat per abusives, de les clàusules que imposen als meus representats les despeses derivades de les reclamacions processals, preprocessals per aranzel de procuradors i advocats com a conseqüència de la reclamació d'impagament de quotes contingudes a clàusula QUINTA, apartat 5 (pàg. 35), de l'Espectura de préstec Hipotecari de data 10/08/2005.

6. Es declari la nul·litat per abusives, de les clàusules estableixen el venciment anticipat per impagament d'alguna de les quotes del préstec o per incompliment de qualsevol de les obligacions establertes i contingudes a l'epígraf a) corresponent a CLÀUSULA "SEXTA BIS.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA OPR LA ENTIDAD DE CREDITO" (pàg 37 i 38) de l'Espectura de Préstec hipotecari de data 10/08/2005.

7. Tot això, amb imposició, es cas d'oposició, de les costes generades a la part demandada".

Segundo. Admitida la demanda, fue emplazado el demandado para que compareciese y la contestase en el plazo de 20 días, formalizándolo mediante escritos de fecha 07.07.16 En dicho escrito se opuso a la demanda actora alegando en apoyo de sus pretensiones los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación al caso. Terminaron solicitando al Juzgado una sentencia por la que se desestimara la demanda con imposición de costas a la actora.

Tercero. En fecha 30.01.16 se celebró la audiencia previa prevista en la Ley, ratificándose las partes en sus respectivos escritos. Recibido el pleito a prueba, la actora propuso y le fue admitida: documental y testifical. El demandado propuso y le fue admitida documental. Posteriormente, la parte actora renunció al testigo propuesto. Fijada la vista para el día de la fecha, sin otra prueba más que la documental, quedaron los autos vistos para sentencia.

Cuarto. En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO





Primero. [REDACTED] y [REDACTED], a través de su representación procesal, formuló demanda en la que pretende la nulidad del tipo de interés de referencia (IRPH) aplicar al tipo de interés variable previsto en el contrato, en la cláusula 3ª bis, en síntesis, por ausencia de negociación individual y de información, por falta de transparencia y su carácter abusivo. Además interesa que se condene a la entidad a devolver las cantidades abonadas en exceso y, subsidiariamente, que se establezca como índice de referencia el Euribor, y que se condene a la entidad a devolver las cantidades abonadas en exceso.

La demandada, BBVA, S.A., se opone alegando el carácter no manipulable del índice de referencia IRPH; que es objeto principal del contrato y, en consecuencia, no puede ser objeto de control de abusividad; y en cuanto al control de transparencia, los actores fueron debidamente informados.

Pretende la parte actora la nulidad de la cláusula referida a gastos y vencimiento anticipado por abusivas. Pretensiones a las que también se opone la demandada.

Segundo. IRPH.

Naturaleza y validez del índice oficial del IRPH.

En primer lugar cabe hacer una referencia a lo que se conoce como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro. Se trata de un índice de tipo de interés oficial, bajo el Control del Banco de España, por lo que es un índice que está regulado y normado y, por tanto aplicable en los términos pactados. Estaba previsto, como índice de referencia oficial del mercado hipotecario, en la Circular 8/90 del Banco de España de 7 de septiembre y aparecía definido en el Anexo VIII, hasta su desaparición de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013. El índice IRPH entidades, aplicado como índice de referencia sustitutivo, es uno de los índices oficiales que se mantienen y que se encuentra previsto en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA/2899/2011.





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

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La mayor parte de las Audiencias Provinciales, tales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 4 de mayo de 2015; de Pontevedra, Sección 1ª, 22 enero 2016; Zaragoza, Sección 5ª, 10 febrero 2016; Álava, Sección 1ª, 10 marzo 2016 o Barcelona, Sección 15ª, 28 abril 2016, entre otras muchas indican que se trata de un índice sobre el que las distintas entidades bancarias no tienen posibilidad de control o manipulación.

En concreto cabe mencionar la sentencia de la AP de Álava de fecha 10 de marzo de 2016 que concluye que: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (...) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado"*.

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

Dicho esto, procede analizar el resto de cuestiones planteadas.

De la negociación del tipo de interés y la pretendida exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación

El art. 1 LCGC 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 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 STS de 9 de mayo de 2013, que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas, indica en su apartado 137 en relación a este artículo que 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.

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones 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 estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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 (apartado 165). En el mismo apartado también dice que 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. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): "De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

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.

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".

Sobre la negociación de la cláusula alegada en este mismo motivo dice el art. 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1.993, que "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 haya 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. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba". Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82 RDL 1/2007 establecen que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Lo que significa que corresponde a la entidad financiera aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo.

En el préstamo controvertido, si hubo oferta vinculante. De hecho es aportada por la propia actora como documento nº 1, que aparece con esa denominación. Pero ello no implica que hubiera negociación previa, ni la demandada ha aportado prueba alguna en este sentido.

Tampoco hay constancia, ni se alega por la demandada, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que conforme a la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, al explicar que "siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada"

Acerca de la imposibilidad de realizar control de abusividad

Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo 188 indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom- sino a si son "descriptivas" o "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio.

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.





190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial".

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

Establece el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE 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". El art. 8 de la misma Directiva establece que "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.". Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye: "42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014, indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de





manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: "Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE, así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado C, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".

La Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alava en fecha 10 de marzo de 2016 analiza dicha problemática y afirma que el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

Según dicha sentencia, la del TS de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado en este motivo de recurso, según la cual:

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

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





192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

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

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no





supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

En definitiva, la sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.

En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

Sobre el control de transparencia.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015 dispone cómo realizar ese control, concretamente indica que hay que realizar un doble control de incorporación y de contenido del contrato. Así indica que *"Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».* Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, *«la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente





sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”.

Volviendo a la STS 9 de mayo de 2013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas 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 razonable 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”.

La SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 indica que *"Y lo que es más importante a nuestro entender, Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia)”.*

Aplicando dicha doctrina al presente caso, podemos afirmar que de la documental aportada a los autos por la propia actora resulta que por la entidad financiera demandada se entregó a la actora una oferta vinculante en la que se le informaba del modo de determinación de los intereses remuneratorios, de tal manera que la actora tuvo oportunidad de conocer el contenido de la cláusula tercera bis. Sin embargo procede analizar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula. Al efecto ninguna prueba se ha llevado a cabo, constando únicamente las alegaciones en contrario de los actores en su demanda. Corresponde a la demandada acreditar que explicó al cliente el contenido de la cláusula tercera bis, que contiene el interés remuneratorio y que le ofreció otras alternativas dentro de las cuales el cliente eligió el IRPH. Sin embargo, nada de esto se ha acreditado, de tal manera que la demandada omitió explicación alguna al respecto.

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que no existiendo prueba alguna de que los actores fueron debidamente informados de la cláusula que fijaba el índice de referencia a aplicar el préstamo, la cláusula no supera el filtro de transparencia, la misma se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle cómo funcionaba este interés ni las diferencias con el resto de índices, lo que no le





permitted to choose the most advantageous. For all this, in accordance with what is provided in article 8 of the Law of General Conditions of Contracting, it is possible to declare the nullity of the third bis clause of the contract, in which the type of interest to be applied in the loan is both principal and substitute.

Efectos de la declaración de nulidad

As regards the consequences that such a declaration entails, article 9.2 LCGC states that the judgment that declares nullity must clarify its effectiveness in accordance with the following article. Said article 10 LCGC establishes that nullity does not determine the total ineffectiveness of the contract. It proceeds, exclusively, to the nullity of the clause that merits such sanction, which, in accordance with article 1303 CC, obliges to the reciprocal restitution of the performances.

In relation to the consequences of the declaration of the nullity of the clause of the type of interest of reference, it must be taken into account that article 6 of Directive 93/13 establishes that "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".

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

The Tribunal Supremo has already declared, in the Sentencia 401/2010 of 1 July, that "las reglas del mercado se han visto incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. De este modo la posibilidad de que los jueces puedan apreciarlas de oficio y dejarlas sin efecto supone un efecto disuasorio sobre los profesionales, en un doble sentido: en primer término como señala el Abogado General en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros C-32/12, "al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que los consumidores no fueran conscientes de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no las invocarían en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera". Además, la facultad de no aplicar las cláusulas abusivas frente a los consumidores por los jueces nacionales, elimina el efecto disuasorio de utilizarlas en la medida que los profesionales podrían verse tentados a establecer cláusulas abusivas al saber, que aun cuando llegara a





declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH Cajas y como sustitutivo el IRPH entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC: No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com: Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir pese a que no existan intereses remuneratorios.

Por todo ello la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula citada es que el préstamo subsistirá sin que pueda reclamarse interés remuneratorio alguno.

La parte actora solicita que se establezca como índice de referencia el Euríbor. Sin embargo, conforme a lo dicho, al suponer tal posibilidad integración del contrato (no está expresamente previsto como índice sustitutivo en el propio contrato), no procede su aplicación.

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

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

Esta cantidad se deberá calcular en ejecución de sentencia.

Tercero. GASTOS. La nulidad interesada por la parte actora, afecta a los apartados b), c), d) y g) de la cláusula quinta de la escritura de referencia, que establecen lo siguiente:

“QUINTA. GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA. Son a cargo de la parte prestataria: (...)

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca (incluso los gastos para la obtención de la primera copia y copia simple para la entidad acreedora)

c) Impuestos

d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos

(...)

g) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago”.

Al respecto, la STS de 23.12.15, dice:

“1. En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en





ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

2. Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3. En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los





derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

(...)

5. En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".





En consecuencia, procede declarar la nulidad de los apartados citados de la cláusula quinta, condenando a la entidad a restituir a la parte actora la cantidad pagada en tales conceptos, 3.426,96€, cantidad que ha sido aceptada por la entidad demandada en el acto de audiencia previa.

Quinto. VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Tal y como señala la resolución de la APB, sección 4, de 01.02.16, "SEGUNDO.- La cláusula de vencimiento anticipado (I)

1. *En la escritura que sirve de base a la ejecución se contempla como causa de vencimiento anticipado de la totalidad de la deuda, en la cláusula 6 bis el impago de alguno de los vencimientos.*

El carácter de consumidores de los demandados no se ha cuestionado en ningún momento.

Este tribunal ha venido sosteniendo que había que estar, para valorar el alcance de la nulidad de dicha cláusula, no sólo al contenido de la misma, sino al ejercicio que de la misma hacía el banco acreedor. En esta línea se ha pronunciado un buen número de resoluciones de Audiencias, y en concreto de la de Barcelona.

De acuerdo con esa interpretación, cuando el Banco actuaba el mecanismo del vencimiento anticipado tras el transcurso de una serie de incumplimientos amplia, que dejaba en evidencia la gravedad cuantitativa del incumplimiento, entendíamos que, al margen del tenor literal de la cláusula, la utilización de la misma en ese contexto fáctico, no era abusiva.

2. *Sin embargo, el reciente auto TJUE 11.6.15 ha supuesto un cambio radical en la fundamentación de este tipo de resoluciones. En efecto, dice esta resolución: "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.*

52 *De lo anterior se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula.*

53 *Por otro lado, teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese*





tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.

54 Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión."

La fundamentación que veníamos haciendo para evitar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se resquebraja, así, con la anterior doctrina.

TERCERO.- La cláusula de vencimiento anticipado (II).

1. Por ello, ahora debemos examinar la abusividad intrínseca de la cláusula al margen del ejercicio que de la misma se haga por parte del prestamista.

A tal fin, señalado ya antes el tenor de la cláusula, analizaremos en primer lugar, los requisitos para decidir sobre su abusividad intrínseca; y a continuación fijaremos el nuevo criterio del tribunal sobre la materia.

2.- Obviando ya el hecho de que se cerró la cuenta con más incumplimientos que los exigidos por el artículo 693 LEC, veamos cuáles son los requisitos que el propio TJUE exige para considerar válida la cláusula de vencimiento anticipado.

En la STJUE 15.3.13 se plantea la cuestión ("el órgano jurisdiccional remitente pide fundamentalmente que se precisen los elementos constitutivos del concepto de «cláusula abusiva», en lo que atañe al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva y al anexo de ésta, para apreciar si tienen carácter abusivo las cláusulas que constituyen el objeto del litigio principal y que se refieren al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración ") y se fijan los requisitos para la validez o no abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Dice la sentencia que "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional" y que "En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, ..., el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual."

3. En ese contexto, dice el tribunal: "73. ... por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, ..., si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo."

4. Pues bien, para concluir con el control de abusividad de la cláusula que nos ocupa, en la que se preveía que procedía el vencimiento anticipado ante el





impago de cualquier cuota, si repasamos estos cuatro requisitos, observamos que el primero no ofrece cuestión, pues el incumplimiento imputado afecta al pago de la cuota de amortización, evidente obligación esencial del contrato.

Es el segundo de los requisitos el que obliga a reconsiderar la postura hasta ahora mantenida por este tribunal. Exige el TJUE que el incumplimiento (por supuesto de obligación esencial) tenga carácter 'suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo'. Se mire por donde se mire, la cláusula que anuda el vencimiento anticipado al impago de una cuota es claramente abusiva en un préstamo con un plazo de 32 años. Pensemos que la cláusula estaba legitimando ese efecto de consecuencias gravísimas (se pierde el beneficio del plazo) a incumplimientos nimios de obligaciones, y aunque nos refiramos al incumplimiento del pago de una cuota (que afecta a la esencia del contrato, efectivamente), es evidente que tal situación puede darse por variadas circunstancias y no forzosamente ser expresiva de un incumplimiento relevante en orden al 'tiempo' y la 'cuantía' del préstamo.

Por lo tanto, podemos concluir afirmando que, por una parte, se produce un desequilibrio importante en las obligaciones en detrimento del consumidor, que ante el menor incumplimiento se ve amenazado con un vencimiento anticipado que le imposibilita absolutamente para cumplir la obligación; y por otra nos encontramos ante una cláusula que el consumidor no aceptaría en una negociación entre iguales por lo gravoso de la misma.

5. Por otra parte, el auto de la Audiencia de Pontevedra de 30.10.15 nos dice que: " declara el sobreseimiento por considerar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, aclara cómo se trata de una "decisión de sobreseer que no impide un ulterior procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.5º LEC), como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente".

Y añade que De ahí que el acreedor tenga abierta la puerta de la ejecución ordinaria o el proceso declarativo que corresponda, con la preferencia derivada de la hipoteca inscrita."

TERCERO.- Decisión del tribunal: cambio de criterio sobre la nulidad de la cláusula en cuestión.

1.- Dicho lo cual, entendemos que es necesario hacer mención a los demás argumentos que utilizábamos para eludir las consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en situaciones semejantes a la que nos ocupa. Uno de esos argumentos, quizás el más importante, era el de la seguridad jurídica.

Aunque la ley no regulaba directamente la cláusula de vencimiento anticipado en esta materia, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, cuyo artículo 10 prevé que el impago de dos cuotas justifica el vencimiento anticipado, lo cierto es que el artículo 693 Lec contemplaba, ya en el seno de la ejecución hipotecaria, que se podía pactar que el impago de una cuota (ahora tres) permitía la ejecución de la totalidad de la deuda.

La jurisprudencia y las resoluciones de los tribunales ampararon la validez de esas cláusulas, al amparo de la libertad de pactos del artículo 1255 CC.

Y por ello nosotros llegamos a la conclusión de que si no se procedía a la ejecución con tan sólo un incumplimiento, la intrínseca abusividad de la cláusula





(resultante de la comparación de la misma con las exigencias de la STJU trascrita a que acabamos de referirnos) no podía operar en aras a la seguridad jurídica, y atendidos los distintos parámetros valorativos que se van sucediendo con el paso del tiempo.

2.- La STJUE citada, sin embargo, tras recordar que hay que estar a la validez de la cláusula en el momento en que se firma, nos dice sin ambages que el hecho de que no se haya utilizado (en su integridad, claro, pues activarse sí que se activa al exigir la totalidad de la deuda) no afecta en nada a su validez o no intrínseca.

Y por eso, nos hemos visto obligados a cambiar de criterio.

En este sentido se ha pronunciado recientemente la sección 9ª de la Audiencia de Valencia, en auto de 14 de julio de 2015 y también sobresee la Sección 16 de esta Audiencia en auto de fecha 24.7.15, y la Audiencia de Pontevedra en auto de 30.10.15.

CUARTO.- Decisión del tribunal (II): examen de las demás cláusulas cuya validez se cuestiona, una vez acordado el sobreseimiento.

1.- El artículo 695 Lec, en el apartado 4 de su número 1, establece como motivo de oposición el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Que la cláusula que nos ocupa constituye fundamento de la ejecución es evidente, y precisamente por ella se puede reclamar la total deuda. Pues bien, el nº 3 del artículo citado nos dice que 'De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.'

Consecuencia de ello es que debemos sobreseer esta ejecución hipotecaria con todos los efectos inherentes a dicha declaración".

Siendo plenamente aplicable al caso de autos todo lo dicho, procede declarar la nulidad de la cláusula examinada.

Séptimo. Costas. No se imponen a ninguna de las partes ya que en lo que respecta a la declaración de nulidad de la cláusula de IRPH existen pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales, lo que implica que nos encontremos ante dudas de derecho. Todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Jordi Bordallo Montalvo, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED] frente a BANKIA, representado por el procurador Remei Puigvert Romaguera, acuerdo:

1. Declarar la nulidad de la cláusula TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 24.03.1999, suscrito entre las partes, en lo que al índice de referencia IRPH cajas de Ahorro y sustitutivos se refiere.
2. La reliquidación de la hipoteca, sin la aplicación de interés remuneratorio alguno desde que se aplicaron los intereses variables.
3. La entidad demandada deberá de devolver a la parte actora la cantidad cobrada de más en concepto de intereses remuneratorios desde la





- aplicación de los intereses variables, con los intereses legales desde su percepción. Cantidad que se liquidará en ejecución de sentencia.
4. Declarar la nulidad de los apartados b), c), d) y g) de la cláusula QUINTA (GASTOS A CARGO DE LA PRESTATARIA de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 10.08.05, suscrito entre las partes.
 5. Condenar a BNKIA S.A. a restituir a la parte la actora la cantidad de 3.426,96€ pagada por estos en tales conceptos, más los intereses legales desde el efectivo pago de aquellos gastos.
 6. Declarar la nulidad del apartado a) e la cláusula SEXTA BIS relativo al VENCIMIENTO ANTICIPADO de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 10.08.05, suscrito entre las partes.

Todo ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado en el plazo de veinte días desde su notificación, aportando documento acreditativo del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado, sin cuyos requisitos no será admitido (Disposición adicional 15ª de la LOPJ introducido por Ley Orgánica 1/2009).

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior resolución por la Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.

