



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1
(ANTIGUO MIXTO Nº 1)
Plaza del Adelantado s/n
San Cristóbal de La Laguna
Teléfono: 922 92 42 47-48
Fax.: 922 92 43 80
Email.: instancia1.lagu@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000165/2017
NIG: 3802342120170001498
Materia: Sin especificar
Resolución: Sentencia 000145/2017
IUP: CR2017009452

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u> Pedro Miguel Revilla Melian	<u>Procurador:</u> Rosario Hernandez Hernandez
Demandante		Pedro Miguel Revilla Melian	Rosario Hernandez Hernandez
Demandado	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA	Violeta Cabrera Toste	Maria Yurena Sicilia Socas

ROSARIO HDEZ, NOTIFICADA 1-6-17

SENTENCIA

MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: FRANCISCO CABRERA TOMAS

Lugar: San Cristóbal de la Laguna

Fecha: Treinta y uno de mayo de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: D. PEDRO MIGUEL REVILLA MELIAN

Procurador: D^a. ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ

PARTE DEMANDADA: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Abogado: D^a. VIOLETA CABRERA TOSTE y D^a. MONSERRAT RIBES FEBLES

Procurador: D^a. M^a. YURENA SICILIA SOCAS

OBJETO DEL JUICIO: NULIDAD CLAUSULAS PRESTAMO HIPOTECARIO Y RESTITUCION DE LAS PRESTACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Hernández, en la representación que ostenta de _____, presentó demanda de juicio ordinario contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicaba que se dictara sentencia por la que, dicho sea en síntesis, se declare la nulidad de la cláusula que ampara los índices de referencia "IRPH. Conjunto de entidades" y el sustitutivo de "Deuda Pública" y de la cláusula de intereses moratorios, establecidas en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 13.08.1999, teniéndolas por no puestas, debiendo de abstenerse de su aplicación en lo sucesivo y condenando a la entidad demandada a la restitución a mis





representados de las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas, más los intereses legales desde la fecha en que se cobraron indebidamente, incrementados en dos puntos desde el dictado de la sentencia, más las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se confirió traslado de la misma y de los documentos presentados a la mercantil demandada, la cual presentó escrito de contestación, en el que, tras los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicaba que se dictara sentencia desestimando la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Cumplido el trámite de contestación, se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa que tuvo lugar el día 25.05.17 con las finalidades que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). No siendo factible el acuerdo y solventadas las excepciones procesales, tras la fijación de los hechos controvertidos, se admitió como prueba la documental, y no habiendo sido impugnada por las partes, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia sin necesidad de previa celebración de juicio, conforme al artículo 429.8 de la LEC. Todo ello conforme consta en soporte audiovisual.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las formalidades y las prescripciones legales a excepción del sistema de plazos por estar la agenda del Juzgado ocupada con otros señalamientos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RESUMEN DE HECHOS.

Ejercita la parte actora una acción de nulidad de determinadas cláusulas, con solicitud de devolución de las cantidades cobradas indebidamente, refiriendo en su demanda, dicho sea en síntesis y a los efectos fundamentales que nos ocupan, que con fecha 13.08.1999, mis mandantes firmaron escritura de préstamo hipotecario con la entidad ARGENTARIA, CAJA POSTAL Y BANCO HIPOTECARIO, S.A. (hoy BBVA), estableciéndose en la cláusula “3 bis. 1. Períodos de interés variable” los índices de referencia “IRPH. Conjunto de Entidades” y el sustitutivo de “Deuda Pública”, con evidente falta de transparencia, falta de información y falta de negociación; y en la cláusula “6ª.- INTERESES DE DEMORA”, intereses moratorios abusivos resultantes de incrementar en 6 puntos porcentuales los remuneratorios vigentes.

La parte demandada refirió en su contestación, dicho sea igualmente en síntesis, que:

- Con respecto al “IRPH. Conjunto de entidades”, nos encontramos ante un índice oficial, habitual en la contratación bancaria y válido tanto por la normativa legal de aplicación como por el propio organismo regulador de la actividad bancaria en nuestro país, el Banco de España, habiendo existido toda la información y transparencia necesarias para su establecimiento en la escritura, incluido el índice sustitutivo de “Deuda Pública”.
- Los intereses moratorios no son abusivos.

SEGUNDO.- NULIDAD SOBRE LA CLAUSULA QUE REFERENCIA AL INDICE IRPH CONJUNTO DE ENTIDADES Y SU SUSTIVO DE DEUDA PUBLICA Y SUS CONSECUENCIAS





Para solventar la cuestión que nos ocupa partiremos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, Sección 1ª, de fecha 10.03.16 (en el mismo sentido recientes sentencias de la AP de Alicante, Sección 6ª, de fecha 11.05.17 y de la AP de Madrid, Sección 13ª, de 04.05.17), cuya doctrina hacemos nuestra y que debidamente extractada a los efectos que ahora nos ocupan, dice así:

“El recurrente defiende que la acción de nulidad ejercitada se basaba única y exclusivamente en el supuesto carácter manipulable del IRPH Cajas, en su presunta abusividad intrínseca. El actor no realizó en la demanda alegación alguna acerca de la suficiencia de la información recibida de la entidad sobre las condiciones del préstamo en el momento de formar su voluntad negocial, ni cuestionó la validez del consentimiento al formalizar el contrato.

No es cierto, el actor habla de la falta de información en el escrito de demanda, critica el IRPH y lo compara con el Euribor, mostrando gráficos que acreditan la evolución de uno y otro y como el Euribor ha bajado más que el IRPH. Falta de información y posible manipulación del IRPH son las cuestiones más importantes que plantea la demanda.

En relación al carácter manipulable del IRPH Entidades o Cajas, ninguna prueba realiza al efecto. La cláusula tercera bis cuya nulidad se solicita define el IRPH como "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE de 3-8-94.

MARGEN, es el porcentaje de añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero coma cincuenta (0,50) puntos."

Ya hemos dicho en el fundamento anterior que el IRPH es un índice oficial al igual que otros que también considera oficiales el Banco de España. La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la información al cliente, otra cosa es que el cliente haya tenido conocimiento del contenido de la cláusula que contiene el interés variable, y haya podido comprenderla, de ahí la importancia de su claridad, que no solo debe ser gramatical sino conceptual.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El art. 5.5 LCGC (LA LEY 1490/1998) indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y añade el apartado séptimo que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.





En conclusión, en relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998) para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. La cláusula sobre el tipo de interés variable se conoció por el actor, Kutxabank le dio la suficiente información. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones antes de proceder a la firma de la escritura, ya lo hemos explicado en los fundamentos anteriores.

Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) indica que "... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas ...", y el artículo 5 dispone que "...en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

La STS de 9 de mayo de 2.013 en los apartados 210 y ss en relación con el control de transparencia dice: "... el artículo 80.1 TRLCU (LA LEY 11922/2007) dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva (LA LEY 4573/1993) 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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





puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

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

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

El Tribunal concluye (apartado 215): a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998) para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por otra parte la STS de 8 de septiembre de 2.014 en relación a este tema (FJ 2º, apartado 9) dice: "... no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del interés variable del préstamo ...".

Volviendo a la STS 9 de mayo 2.013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

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

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

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

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al





concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

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

(...)

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénczügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82.3 TRLCU (LA LEY 11922/2007) dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa ".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa ." Y Cita al respecto el considerando decimoctavo de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), el art. 4.1 LCGC (LA LEY 1490/1998) y art. 82.3 TRLCU (LA LEY 11922/2007).

Descendiendo a nuestro caso resulta que la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al Sr. Jacobo y se depositó en la Notaria donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al Sr. Jacobo que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a éste índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis.

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).

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado.

Cuando se novó el contrato y se amplió el plazo de devolución del principal en el año 2.009, Kutxabank tuvo una buena oportunidad para modificar la cláusula tercera bis del contrato admitiendo que el IRPH perjudicaba al cliente, pudo ofrecer en ese momento otro índice diferente en beneficio del Sr. Jacobo, si no lo hizo es porque con el IRPH cobra más intereses por el préstamo.

Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato.

Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia."

En nuestro caso ocurre lo mismo. Así, no consta explicación alguna por parte de la demandada a los clientes sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años y su diferencia con otros índices oficiales, es decir, la demandada omitió a la parte demandante todo tipo de explicación sobre tal cuestión, de forma que la misma pudiera comprender la trascendencia económica del mismo.

La demandada no ofrece ni ofreció a la parte prestataria otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Ninguna duda existe de que si la entidad financiera hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado números y gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir la parte prestataria entre uno y otro con las explicaciones oportunas, la parte actora habría optado por el Euribor. Pues basta, para el que tenga interés en ello, analizar la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor (teniendo en cuenta las bajadas que este último ha venido experimentando) para comprobar la mejora que habría obtenido y obtendría la parte actora con la aplicación del Euribor (lo que es público y notorio y no necesita de más prueba).





De hecho, el BBVA en su propia página web se ha preocupado de hacer un histórico de la evolución del Euribor y es el siguiente:

“Evolución histórica anual del euríbor desde su implantación en 1999:

1999: 3,069

2000: 3,949

2001: 4,574

2002: 3,483

2003: 2,705

2004: 2,216

2005: 2,312

2006: 2,833

2007: 4,064

2008: 4,498

2009: 2,622

2010: 1,232

2011: 1,550

2012: 1,837

2013: 0,575

2014: 0,562

2015: 0,298

2016: 0,042

2017: -0,095

Los datos se corresponden al mes de enero de cada año”

Si tales datos los comparamos con la evolución que ha sufrido el IRPH Conjunto de Entidades (la página “PORTAL DEL CLIENTE BANCARIO” del Banco de España puede servirnos para tal fin), no hay ni un solo año en que tal índice esté por debajo del Euribor, pues en todos los casos es superior, ni mucho menos ha sufrido una tendencia a la baja tan importante como la que ha sufrido el Euribor.

Correspondía a la demandada acreditar que explicó debidamente a la parte prestataria la cuestión que nos ocupa y que ofreció a la misma otras alternativas y no sólo el índice IRPH (sobre todo si, realmente, la intención de la demandada, como es de esperar, era beneficiar a sus clientes como consumidores del servicio bancario ofrecido), y ello con el fin de que la parte demandante, dentro del posible abanico de índices de referencia, pudiera tener la opción de elegir, pero nada de esto ha acreditado.

Como dice la sentencia de Pleno de nuestro Alto Tribunal de 09.05.13, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del





objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y al igual que se argumentó con respecto a la cláusula suelo en dicha sentencia, aunque la referencia al IRPH pudiera pasar, en su día, el control formal de incorporación al contrato, lo que no puede pasar es el filtro cualificado de transparencia, pues su incorporación al préstamo (lo que incluye a su sustitutivo de "Deuda Pública") se produjo sin que la entidad bancaria se asegurase de que la parte prestataria comprendía su contenido y su trascendencia económica, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento evolutivo, y lo que es más importante, sin poder elegir el prestatario entre este índice y otros (como el Euribor) que eran más ventajosos para el cliente. De hecho hasta el Mibor, en agosto de 1999 (fecha de contratación) estaba al 3,233; y el IRPH Conjunto de Entidades al 4,471 (lo que puede comprobarse en el mismo portal referido del Banco de España).

Falta de transparencia que este Juzgador considera suficiente para declarar la nulidad de pleno derecho de la cláusula en la que se establece la referencia al IRPH Conjunto de Entidades (y su sustitutivo referido a "Deuda Pública" que participó de la misma falta de transparencia ya referenciada) aplicada por la entidad financiera; con reintegro de las cantidades cobradas en exceso desde su indebida aplicación en base al artículo 1303 del Código Civil, a determinar en ejecución de sentencia bajo las sencillas bases de tener en consideración las cantidades cobradas a la parte demandante por intereses remuneratorios, teniendo en cuenta lo que habría pagado si la referida cláusula no hubiera existido, más el interés legal del dinero desde cada cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir del dictado de la presente sentencia (artículo 576 de la LEC); y sin que la entidad de crédito pueda ya cobrar cantidad alguna por tal concepto. Y todo ello en aplicación del principio de "no vinculación al consumidor" de las cláusulas declaradas abusivas, sin modulación alguna por parte del juez nacional, tal y como lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia de fecha 21.12.16, que, debidamente extractada, dice así:

“56 Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 (LA LEY 46630/2014), apartado 78).

57 Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349 (LA LEY 70591/2012), apartado 65).

58 En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.





59 En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörös, C-397/11, EU:C:2013:340, (LA LEY 43528/2013) apartado 42).

60 Por otra parte, al juez nacional no debe atribírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21 (LA LEY 28/2015), apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.

62 De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

63 Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.

64 Es cierto que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) exige que los Estados miembros establezcan que las cláusulas abusivas no vincularán a los consumidores «en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales» (sentencia de 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, (LA LEY 187264/2009) apartado 57).

65 No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección -ni, por tanto, su contenido sustancial-, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, que fue voluntad del legislador de la Unión Europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993).

66 Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los





efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva."

TERCERO.- INTERESES MORATORIOS.

Para dar solución a la solicitud de nulidad de la cláusula que sustenta los intereses moratorios establecidos en el préstamo hipotecario (cláusula "6ª"), consistente en incrementar 6 puntos el interés ordinario aplicable, hemos de partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 18.02.16 que con respecto a tal materia, nos dice así:

1.- *La cuestión planteada en el motivo y respecto de una cláusula idéntica a la ahora examinada, incluida en sus escrituras de préstamo hipotecario por la misma entidad recurrente, ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre .*

2.- *Decíamos en dicha resolución que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria , añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.*

3.- *No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la " imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" , en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.*

4.- *Así, el Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13) no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH :*

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,.... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al)... eliminar 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas 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 fuera necesario,





garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"».

5.- Asimismo, la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».

6.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Asimismo, el antes referido Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto- ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.

»Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

»Los arts. 6, apartado 1 , y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad





de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

7.- Además, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 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».

8.- Conforme a la doctrina fijada en el tan mencionado auto del TJUE, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

9.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los





préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

10.- En cuanto que la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones establecidas tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, este motivo de casación debe ser desestimado.”.

Nos dice la meritada sentencia que *“respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”*. En la mencionada sentencia de 22.04.15, el Tribunal Supremo estableció la siguiente doctrina: *“en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.”*. Cuando en el presente caso se ha establecido un inaceptable interés moratorio (claramente abusivo) que supone un incremento de 6 puntos porcentuales sobre el remuneratorio; a lo que se añade que, en nuestro caso, la parte demandada, tal y como le correspondía, no ha acreditado que la cláusula del interés moratorio fuera negociada con la parte prestataria, hoy demandante.

Y la consecuencia de ello la ha previsto el mismo TJUE, recogida en la mentada sentencia del Tribunal Supremo de 18.02.16: *“Además, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no.”*. Por tanto, y atendiendo al principio de “no vinculación”, consagrado por el TJUE, ya referido, la entidad financiera no podrá cobrar cantidad alguna en concepto de intereses moratorios para el caso de impago por parte de la prestataria, y si ya ha cobrado alguna cantidad en tal concepto deberá proceder a su devolución, lo que habrá de determinarse en ejecución de sentencia mediante las sencillas bases de tener en consideración las cantidades cobradas a la parte demandante por intereses moratorios, teniendo en cuenta lo que habría pagado si la referida cláusula no hubiera existido, más el interés legal desde cada cobro indebido, incrementado en dos puntos a partir de la sentencia (artículo 576 de la LEC).

CUARTO.- Atendiendo a los fundamentos jurídicos anteriores, procede la estimación de la demanda.

QUINTO.- En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte demandada, dada la estimación de la demanda (artículo 394.1 de la LEC).

Vistos los artículos citados y demás de aplicación al caso

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. Rosario Hernández Hernández, en nombre y representación de la parte actora, contra la entidad demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. , debo:





1.- **DECLARAR y DECLARO** la nulidad de pleno derecho de la cláusula "3ª bis. 1. Períodos de interés variable" referida al índice de referencia IRPH Conjunto de Entidades y su sustitutivo de Deuda Pública, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13.08.1999, aplicada por la entidad demandada.

2.- **DECLARAR y DECLARO** la nulidad de pleno derecho de la cláusula "6ª.- INTERESES DE DEMORA" de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13.08.1999, referida a los intereses moratorios.

3.- **DECLARAR y DECLARO** la subsistencia del resto del contrato de préstamo hipotecario.

3.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, teniendo por no puestas la cláusulas en cuestión, cuya nulidad ha sido declarada.

4.- **CONDENAR y CONDENO** a la entidad demandada: a) a reintegrar a la parte actora el importe que resulte en ejecución de sentencia como indebidamente percibido por la entidad demandada desde la aplicación de las citadas cláusulas, con las sencillas bases de tener en consideración las cantidades cobradas a la parte demandante por intereses remuneratorios y moratorios, teniendo en cuenta lo que habría pagado si las referidas cláusulas no hubieran existido; b) a no cobrar cantidad alguna por tales conceptos; y c) al pago de los intereses de los importes cobrados indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusulas declaradas nulas, al tipo legal del dinero desde el cobro de las mismas, incrementado en dos puntos a partir del dictado de esta sentencia.

5.- Todo ello con expresa imposición de costas a la entidad demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente de la notificación, en el que se deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC). De conformidad con lo dispuesto en el punto 3º de la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009 de 3 de Noviembre, **será necesario acreditar haber efectuado la consignación del depósito de 50 euros** en la Entidad de Crédito o en la Cuenta de Depósitos y Consignación del Juzgado.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia DOY FE.

