

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CADIZ

Estadio Carranza Fondo Sur. 1ª Planta

Horario atención : de 10 a 14 horas

Tlf.: 662978436- 662978489. Fax: 956,011701

NIG: 1101242M20140001690

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1884/2014. Negociado: MC

Sobre:

De: D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr./a.: FERNANDO A. LEPIANI VELAZQUEZ

Letrado/a Sr./a.: JOSE LUIS ORTIZ MIRANDA

Contra D/ña.: BBVA

Procurador/a Sr./a.: MARIA O. NORIEGA FERNANDEZ

Letrado/a Sr./a.:

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE CÁDIZ JUICIO ORDINARIO Nº 1884/14

SENTENCIA Nº288/2016

En la ciudad de Cádiz, a diez de junio de 2016.

Han sido vistos mí, por D^a. Elizabeth López Bermejo, Magistrada-Juez en régimen de sustitución del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, los autos de juicio ordinario nº 1884/14, seguidos a instancia de Doña [REDACTED] y Don [REDACTED], representados por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Lepiani Velázquez, y defendida por el Letrado Don José Luis Ortiz Miranda, contra la entidad “BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.”, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña María de la O noriega Fernández y defendido por el Letrado Sr. Julio Alejandro Felipe Fernández, sobre condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-En fecha 26 de noviembre de 2014 se presentó demanda por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Lepiani Velázquez, en nombre y representación de Doña [REDACTED] y Don [REDACTED], contra la mercantil “BBVA S.A.”, en la que reclamaba la nulidad de la cláusula de límite mínimo y máximo a la variación del tipo de interés pactado en el préstamo suscrito por las partes, y la nulidad de la cláusula que establece como índice sustitutivo el IRPH formalizado en escritura de fecha 1 de abril de 2009, otorgada ante el Notario Doña María del Carmen Soriano Lavirgen, con número 339 de su protocolo, modificada por Escritura de novación modificativa de 9 de enero de 2010. Se solicita que se declare tal nulidad, y que se elimine las cláusulas del contrato, como si nunca hubieran existido, además de la condena de la demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas, desde la interposición de la demanda, en aplicación de la condición declarada nula por el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de mayo de 2013, más el interés legal.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, por decreto de fecha 9 de enero de 2015, se dio traslado de la demanda y los documentos adjuntos a la demandada, que la contestó en tiempo y forma.

TERCERO.-La audiencia previa se celebró en fecha cinco de mayo de 2016. A la misma comparecieron ambas partes. Se propuso y admitió la prueba documental obrante en autos. Al no existir más prueba que la documental, de conformidad con el artículo 429.8 de la LEC quedó el pleito visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante solicita que se declare la nulidad, por abusiva, de la cláusula de límite mínimo y máximo a la variación del tipo de interés pactado (estipulación 3 bis 3), incorporada al préstamo más arriba descrito, bajo la rúbrica “Límites a la Variación del Tipo de Interés” con el tenor literal siguiente: “ En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,5%, este valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el tipo de interés vigente en el período de interés. El tipo aplicable al devengo de intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15,00% nominal anual”. Reclama también la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la demandada, a causa de la aplicación de la cláusula nula, desde la interposición de la presente demanda, más sus intereses. Por su parte la demandada se opone a las pretensiones de la parte demandante. Alegó, en la contestación a la demanda, la cosa juzgada producida por la STS 241/13, de 9 de mayo, por lo que la nulidad de la cláusula, por abusiva, no parece ser una cuestión discutida. Sostiene que, en aplicación de la doctrina contenida en la STS citada, no debe restituirse cantidad alguna.

SEGUNDO.-La parte demandada, en su contestación a la demanda, alegó la existencia de cosa juzgada, por haberse dictado la STS 241/13, de 9 de mayo. Sobre dicha excepción fue oída la parte actora, en la audiencia previa, por lo que se procede a documentarse por escrito.

Con fundamento en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica (principio general del Ordenamiento, conforme al art. 9.3 de nuestra Constitución), nuestro Derecho atribuye, a las sentencias firmes, la llamada eficacia de “cosa juzgada material”, de modo que las cuestiones que han sido, o podido ser, discutidas, de forma plenaria, en un proceso, no pueden volver a discutirse en otro posterior. Dicha cosa juzgada tiene dos vertientes, negativa, o cosa juzgada propiamente dicha, a la que se refiere el apartado 1 del art. 222 de la LEC (“la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”), y positiva o prejudicial, a la que se refiere el apartado 4 del mismo precepto (“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”). Para garantizar la eficacia de cosa juzgada de las resoluciones firmes la LEC regula, de un lado, la excepción de cosa juzgada (si ya existe sentencia firme) o litispendencia (si está pendiente el procedimiento, de manera que aún no ha recaído sentencia firme sobre el fondo), que determinará el sobreseimiento del segundo

proceso, y que es posible apreciar, incluso, de oficio, al tratarse de una cuestión de orden público (art. 421), y, de otro, la prejudicialidad, que regula el art. 43. En el primer caso resulta preciso que concorra identidad de partes, objeto y causa de pedir, en el segundo basta con que exista conexión entre los objetos de ambos procesos, de modo que el objeto del proceso iniciado con anterioridad constituya un antecedente lógico del objeto del posterior (STS de 22 de marzo de 2006), es decir, que no pueda ser resuelto éste sin resolver previamente sobre aquél, quedando vinculado el objeto del segundo al primero (SSTS de 19 de abril y 20 de diciembre de 2005). Sin embargo, conforme al art. 221.1.2º LEC, en el caso de las sentencias dictadas en procedimientos iniciados por asociaciones de consumidores, sobre la base de la legitimación prevista por el art. 11 LEC, “si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”.

En el presente caso, se plantea la existencia de cosa juzgada al haberse dictado la STS 241/13, de 9 de mayo. La acción ejercitada en el procedimiento que dio lugar a la misma es una acción colectiva que pretende la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo insertas en los contratos de préstamo hipotecario ofrecidos por varias entidades bancarias, entre ellas la demandada. La STS 241/13, de 9 de mayo, en sus epígrafes 298 a 300 señalaba lo siguiente: “298. Como hemos declarado en la STS 401/2010, de 1 de julio (RJ 2010, 6554), RC 1762/2006, la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa.

299. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) -[l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley "- y proyectar sus efectos ultra partes , como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2ª del artículo 221.1 dispone que "[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente".

300. Sin embargo, tal proyección erga omnes exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que "[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora", y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los

aspectos declarados abusivos”. Ello se refleja en el apartado séptimo del fallo, en el cual se resuelve lo siguiente: “declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia”. Entre esas cláusulas (véase el antecedente de hecho primero) se encuentra la siguiente: “En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al dos enteros y veinticinco centésimas de entero por ciento (2,50%), éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Todo ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al doce por ciento (15%) nominal anual”. Esta cláusula es idéntica a la que aparece en la escritura de préstamo aportada junto con la presente demanda (estipulación 3.bis.3, únicamente varían los valores concretos de máximo y mínimo, del 15 y del 2,50%, respectivamente, cuestión que resulta intrascendente a los efectos de la nulidad declarada en dicha sentencia), y cuya nulidad se solicita en el presente pleito. Sin embargo, en el presente pleito se reclama no sólo la declaración de nulidad de esta cláusula, sino también la restitución de cantidades indebidamente cobradas, y respecto de un caso similar ha dicho la reciente STS 139/15, de 25 de marzo, que “al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula”. Es decir, que pese a que, en principio, cabe pensar que, puesto que la STS 241/13, de 9 de mayo, se pronunciaba sobre los efectos de la nulidad, la eficacia de cosa juzgada de la misma, respecto de las cláusulas idénticas a las enjuiciadas, pero incorporadas a otros contratos distintos, abarca también dichos efectos, la nueva STS 139/15 aclara que no es así, puesto que en aquél procedimiento no se ejercitaban acciones individuales de restitución de cantidad. Por ello procede desestimar la excepción opuesta, sin perjuicio, no obstante, de la aplicación de la vertiente positiva o prejudicial de la cosa juzgada, en relación con la STS 241/13, a la hora de resolver sobre el fondo, y de la aplicación, igualmente, de la doctrina fijada por la STS 139/15, respecto de la restitución de cantidades.

Se desestima la excepción de cosa juzgada, en relación con la STS 241/13, de 9 de mayo, y, en consecuencia, se acuerda la continuación del presente pleito.

TERCERO.-Respecto de la nulidad de la cláusula controvertida cláusula suelo, cuyo tenor literal no ha sido objeto de discusión, debemos indicar que es idéntica a una de las que fueron objeto de impugnación por la acción colectiva sobre la que resolvió, en casación, la STS 241/13, de 9 de mayo varía la determinación concreta del valor de los tipos máximo y mínimo, si bien, ello resulta irrelevante, pues en nada afecta a los motivos en que basa la resolución la nulidad de la cláusula, que tienen que ver más con la dificultad de los consumidores para comprender que se trataba de una estipulación que iba a tener incidencia en la determinación del coste del préstamo, convirtiéndolo el interés supuestamente variable en fijo, y variable sólo al alza, ya que el consumidor no iba a beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia, de modo que se asumían riesgos distintos por dicho consumidor y la entidad bancaria, debido a la falta de transparencia. Por ello, y porque esta sentencia extiende, conforme a lo previsto por el art. 221.1.2º

LEC, sus efectos de cosa juzgada a los contratos, celebrados con la misma entidad demandada, distintos de los que fueron objeto de aquel litigio, pero que incorporen cláusulas idénticas, ha de declararse nula la mencionada cláusula, con subsistencia del resto del contrato, sin necesidad de entrar en más consideraciones. En efecto, la STS 241/13, de 9 de mayo, indicaba, respecto de la extensión de sus efectos, respecto de terceros, lo siguiente (epígrafe 300): “en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”. Ello se refleja en el apartado séptimo del fallo, en el cual se resuelve lo siguiente: “declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia”. Entre ellas se encuentra la que hoy es objeto de litigio. Corrobora esta extensión del efecto de cosa juzgada la más reciente STS 139/15, de 25 de marzo, que, no obstante, puntualiza que dicho efecto no abarca a las pretensiones de restitución de cantidades, como efecto de la nulidad, al no ser esta una pretensión que fuese oportunamente deducida en aquel pleito (el resuelto por la STS 241/13). Ello no obsta, sin embargo, a la aplicación, al resolver sobre tal controversia, de la doctrina expuesta, al respecto, en la STS 241/13, y definitivamente precisada y fijada por la STS 139/15. Pues bien, en aplicación de dicha doctrina, procede la restitución de cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula “suelo” - si es que se han cobrado, cosa que no debería haber hecho la entidad demandada -, desde la publicación de la STS 241/13, de 9 de mayo.

CUARTO.-Se solicita, como dijimos, por la parte actora, la condena de la entidad bancaria a restituir las cantidades indebidamente cobradas, como resultado de aplicar la cláusula suelo. Como regla, nuestro sistema parte de que la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica *quod nullum est nullum effectum productit* (lo que es nulo no produce ningún efecto). Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor “[declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”. Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, “[...] de una propia *restitutio in integrum*, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la *condictio in debiti*”. Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente”. Sin embargo, la STS 241/13, de 9 de mayo, considera la posibilidad de no atribuir a la declaración de nulidad efectos retroactivos, ante la necesidad de proteger otros valores, como la seguridad jurídica. En tal sentido señala que los efectos retroactivos de la nulidad “no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho -entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)”, singularmente “cuando se trata de la conservación de los efectos consumados”. Por su parte la STS 118/12, de 13 de marzo considera que “[...] la *restitutio* no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que

las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad". En el ámbito del Derecho comunitario, la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, apartado 59, dispone que "[...] puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (véanse, en particular, las sentencias Skov y Bilka, antes citada, apartado 51; Brzeziński, antes citada, apartado 56; de 3 de junio de 2010, Kalinchev, apartado 50, y de 19 de julio de 2012, Rçdlihs, apartado 59)". Sobre dicha base, la STS 241/13, de 9 de mayo, concluye que, en el caso concreto de las cláusulas suelo, la declaración de nulidad no debe tener carácter retroactivo, es decir, no debe afectar a las situaciones ya resueltas con fuerza de cosa juzgada, ni debe implicar la restitución de cantidades ya abonadas, atendiendo, de un lado, a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica (dice "es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas"), y, de otro, a la existencia de buena fe, que entiende que concurre puesto que dichas cláusulas son, en principio, lícitas (su ilicitud depende de la falta de transparencia, de tal modo que el consumidor no conoce exactamente los riesgos que asume, no de su contenido intrínseco), responden a razones objetivas, relacionadas con el coste del dinero prestado y la necesidad de obtener un rendimiento mínimo para poder resarcirse del mismo, y han sido usuales y toleradas durante largo tiempo en el mercado. Por otra parte, si bien no ha existido la suficiente transparencia, y ello determina la posibilidad de declarar las cláusulas abusivas, parece que, al menos, las entidades bancarias sí han venido cumpliendo, con carácter general, las exigencias de la OM de 5 de mayo de 1994. El principio de igualdad de trato, recogido en el art. 14 CE, aconseja, en principio, tener en cuenta estos criterios. Ello sin perjuicio de lo que a continuación se dirá. Y es que la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, en su sentencia nº 80/14, de 14 de febrero (entre otras), ha optado por asumir los mismos, si bien introduciendo el matiz, en el auto de 7 de abril de 2014, de que la irretroactividad ha de ceñirse a las cantidades abonadas de más, en virtud de la cláusula suelo, con anterioridad a la interposición de la demanda. En efecto, como indicaba el mencionado auto, la obligación de actuar de buena fe y prohibición del abuso de Derecho contenidas en el art. 7 Cc imponen la necesidad de evitar que la dilación natural del proceso, que ha resultado preciso para obtener la nulidad de la cláusula, perjudique, injustamente, a la parte favorecida por tal declaración de nulidad, aprovechándose de ella la entidad bancaria, y, puesto que, a partir de la interposición de la demanda, y habida cuenta de la doctrina contenida en la STS 241/13, de 9 de mayo, de sobra conocida, ya es perfectamente previsible, para la entidad bancaria, que el resultado del pleito puede conllevar, para ella, una obligación de pago, ésta podría ya adoptar las medidas pertinentes en previsión del nacimiento de esta posible deuda, y evitar, así, el grave perjuicio que le podría ocasionar la devolución de cantidades. Se trata, como indica la SAP Córdoba de 20 de octubre de 2014, ni más ni menos que de los efectos "inter partes" de la litispendencia, más que de una verdadera retroactividad. Las más recientes sentencias de nuestro Alto Tribunal, concretamente la de 25 de marzo de 2015, han ido, incluso, más allá, puesto que, como muy gráficamente dice, en su fundamento décimo, la referida sentencia, "se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo

2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia".

En el presente caso, la cláusula "suelo" se introdujo en la escritura de préstamo hipotecario, de 1 de abril de 2009 novado posteriormente por escritura formalizada el 9 de enero de 2010. Respecto de la misma, si bien se halla redactada de forma clara, desde el punto de vista gramatical, concurren las circunstancias enumeradas por la STS 241/13, de 9 de mayo, para considerar que el consumidor no pudo, pese a ello, comprender adecuadamente su significado: presentación conjunta con cláusula "techo", inserta en una maraña de datos, etc. Respecto de las obligaciones formales de transparencia, desde luego la estipulación estaba contenida en la escritura, que fue leída por el Notario, y su redacción es clara y comprensible, desde el punto de vista gramatical, si bien no se facilitó folleto informativo sí oferta vinculante en el primer préstamo hipotecario (el documento que aporta la actora, junto a la demanda, en el que, se refleja un límite mínimo del 2,5% y un máximo de un 15%, e indica que carece de valor contractual, pese a estar firmada por la entidad demandada y por los prestatarios, siendo la práctica habitual bancaria la de la firma de multitud de documentos, sin asesoramiento de ningún tipo, teniendo la imperiosa necesidad de tal dinero para la adquisición, no puede entenderse que con la firma de documentos tipo, deba darse al consumidor por enterado de todos los elementos financieros complejos incorporados al contrato de préstamo.) Entendemos, por ello, y puesto que consideramos que resultaba aplicable la OM de 5 de mayo de 1994 (en efecto, la hipoteca recae sobre una vivienda, los prestatarios son personas físicas, y el importe del préstamo, ascendía a 45.000,00 euros, sin que se trate de una subrogación prevista en la Ley 2/94, de 30 de marzo), que no podemos predicar de la entidad la buena fe que exige la STS de 9 de mayo de 2013 (en efecto, la referida sentencia exige que, al menos, se hayan cumplido las condiciones de transparencia formal exigidas por las normas vigentes), ni desde que se dictó dicha sentencia (a partir de este momento, como hemos visto, la mala fe es evidente, puesto que, de hecho, la citada STS afecta directamente a las cláusulas "suelo" utilizadas por BBVA), ni, incluso, desde antes. Por ello debe condenarse a la demandada a restituir las cantidades indebidamente cobradas, a consecuencia de la aplicación de la cláusula "suelo", desde la fecha de la interposición de la demanda, esto es desde el 26 de noviembre de 2014, como se reclama. Conforme exige el art. 219 LEC, debemos fijar las bases con arreglo a las cuáles deberán calcularse tales importes, en ejecución de sentencia, cuotas efectivamente cobradas, conforme a los correspondientes recibos o extractos de cuenta, menos las que hubiese procedido cobrar aplicando, para su cálculo, el sistema de amortización francés (fórmula recogida en el anexo de la escritura de préstamo hipotecario), siendo el tipo de interés aplicable EURIBOR (Índice de referencia principal) más 2 puntos porcentuales. Todo ello más el interés legal, conforme al art. 1.303 Cc.

CUARTO.- En la presente demanda la parte actora ejerce la Acción individual de nulidad prevista en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) de la cláusula que regula el índice de referencia sustitutivo "IRPH" INDICE BANCOS en su modalidad de "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para de bancos " inserta en la escritura de préstamo hipotecario otorgada entre la parte actora y la mercantil demandada en fecha 01.04.2009 ante el Notario Doña María del Carmen Soriano Lavirgen , número trescientos treinta y nueve de su protocolo. La cláusula impugnada bajo la rúbrica "REGLAS E INDICES DE REFERENCIA" es la siguiente cuyo tenor literal reza en el punto segundo. Índice de referencia sustitutivo tanto si el préstamo se encuentra en la modalidad a Interés "variable" como en la modalidad a "Interés constante" INDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO: INDICE "BANCOS" Cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en dos puntos porcentuales". *Este índice de referencia se aplicará de forma sustitutiva como tipo de interés nominal anual , tomándose el dato que resulte publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.), que corresponda al segundo mes anterior al de la variación, y con la adición del diferencial mencionado. En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el tipo de referencia principal.*

Oposición de la parte demandada.

La entidad demandada BBVA S.A se opone a las pretensiones ejercitadas en base, sustancialmente, conforme a su escrito de contestación, a que *se pactó que el índice de referencia principal si el préstamo se encuentra en la modalidad a "Interés Variable": INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: REFERENCIA INTERBANCARIA A UN AÑO ("EURIBOR") disponiendo acto seguido, "cuando se utilice este índice, el tipo nominal será el valor del último índice adicionado en 2 puntos porcentuales", índice, este último, que ha sido el que le ha sido aplicado a los prestatarios desde el inicio del préstamo hipotecario, careciendo de sentido y lógica procedimental decretar la nulidad del índice de referencia sustitutivo, toda vez que el mismo no ha entrado en funcionamiento durante la vida del préstamo referenciado; alega así mismo que todas las condiciones financieras del préstamo fueron objeto de negociación; se entregó oferta vinculante; el cálculo del índice oficial no es opaco; la entidad demandada no ha manipulado ese índice oficial; no existe ninguna prueba ni el más mínimo indicio de que el índice IRPH BANCOS haya sido manipulado y; ni es abusivo ni es cierto que les hubiera resultado más favorable referenciar el préstamo al Euribor simplemente como índice de referencia principal.*

QUINTO.- Objeto del procedimiento y Jurisprudencia reciente.

Es objeto nuclear de discusión si la entidad cumplió el filtro de transparencia en la incorporación de la cláusula impugnada. La reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, número de recurso 1072/2013 y Roj: STS 2207/2015 , viene a describir de forma precisa, concreta y comprensible el campo de actuación en el que ha de moverse el análisis de enjuiciamiento de las conocidas como cláusula suelo, que nos servirá como elemento de comparación para el enjuiciamiento a realizar, al punto que advierte en el apartado cuarto de su fundamento de derecho decimoquinto de la existencia de un mecanismo de autoevaluación cuando dice *Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013, y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado*

con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva. Esta expresa referencia a las cláusulas suelo, en cuanto condiciones generales de la contratación, son extensibles al tipo de referencia pactado, si bien no quizá con el mecanismo de autoevaluación porque aun no se ha pronunciado sobre el particular el Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de lo dicho, considero que los elementos que han de ser examinados son:

1. Si estamos en presencia de una Condición General de la Contratación.
2. Si existe posibilidad de un control sobre la referida cláusula.

En cuanto a la primera circunstancia, la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales de Gipuzkoa y Álava se pronuncian en sentido afirmativo, en sus Sentencias de fecha 29.10.2015, rec. núm. 2272/2015 , y de fecha 10.03.2016, rec. núm. 619/2015 , respectivamente, porque no se acredita por el profesional la existencia de una negociación individual sobre dicha cláusula. En cuanto a si la cláusula es susceptible de control, la parte actora no hace causa de deficiencias en el control de incorporación. Sí es cierto que recoge cierta jurisprudencia, por mera cita, pero su pretensión no se conforma como una cláusula que padeciera de falta de concreción, claridad o sencillez, por lo que no procede apreciar dicha carencia que, por otra parte, no se aprecia de su lectura (vid. Fundamento de Derecho Primero). Propiamente cabría analizar en este punto si la cláusula fue incorporada de forma transparente al contrato, pero considero oportuno avanzar al siguiente estadio, el del control de contenido o abusividad, por cuanto este índice contiene el interés remuneratorio del préstamo, esto es, define el objeto principal del contrato. Por ello, y recogiendo la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (SSTS de fecha 18.06.2012 , 09.05.2013 ó 29.04.2015) y la jurisprudencia menor citada, no cabe entrar a enjuiciar la abusividad de la citada cláusula, control de contenido al que se halla vedado. Y antes de avanzar, también he de indicar que no se han aportado elementos de prueba para poder siquiera apreciar de forma indiciaria que el referido índice haya sido objeto de manipulación, no ya por BBVA sino por las diversas o variadas entidades que pudieran participar o colaborar en la fijación de su precio.

Así las cosas, la jurisprudencia que de forma consolidada viene dictando la Sala primera sobre el particular y, en concreto, aquella Sentencia de 29 de abril de 2015 , señala *no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus opciones de consumo mediante un examen minucioso y una comparación entre los diversos condicionados generales de los contratos. Lo eficiente y lógico es que la atención del consumidor se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella. Por eso el ordenamiento jurídico exige que las cláusulas que regulan los elementos esenciales sean especialmente transparentes, para que el consentimiento contractual que se preste sea plenamente informado, al ser la prestación (en sus aspectos fundamentales) y el precio los elementos básicos que determinarán la opción del consumidor y sobre los que prestará su pleno consentimiento. Respecto del resto del condicionado general, referido a otros elementos secundarios, lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar, sin necesidad de que el consumidor haya de realizar un examen concienzudo de las mismas y, sobre todo, sin considerar que la opción del consumidor vendrá determinada por el contenido de esas otras condiciones generales que no afectan a los elementos esenciales del contrato, porque sería contrario a la lógica y a criterios de eficiencia social y económica. Ello no significa que el resto de condiciones generales, las que regulan aspectos accesorios del contrato, no hayan de ser también transparentes, en el sentido indicado. Pero, lógicamente, la exigencia de transparencia será más acusada mientras*

más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente (¿) Tal como afirmábamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y, por tanto, define el objeto principal del contrato. No es objeto de discusión jurisprudencial que las cláusulas no sólo han de estar redactadas de manera clara y comprensible a través de la utilización de caracteres tipográficos legibles y con una redacción comprensible, objeto ello del control de incorporación o inclusión (arts. 5.5 y 7.b LCGC) sino que además (¿) 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. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (SSTS 29.04.2015, 24.03.2015 y STJUE 23.04.2015 asunto C-96/14, caso Van Hove).

Ello determina que, y transcribo nuevamente de forma literal el apartado 5 del fundamento de derecho decimocuarto de la STS 29.04.2015, *la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 de marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertados entre los mismos superan o no el control de transparencia.*

SEXTO.- Valoración de la prueba practicada. Control de Transparencia.

En el presente caso, consta oferta vinculante aportada como documento nº 2 de la demanda, pese a estar firmada por la entidad demandada y por los prestatarios, siendo la práctica habitual bancaria la de la firma de multitud de documentos, sin asesoramiento de ningún tipo, teniendo la imperiosa necesidad de tal dinero para la adquisición, no puede entenderse que con la firma de documentos tipo, deba darse al consumidor por enterado de todos los elementos financieros complejos incorporados al contrato de préstamo. Y es que la información que se facilitó a los prestatarios es el elemento que nos ofrece el punto de enjuiciamiento de si éstos tuvieron oportunidad real de conocer el significado del clausulado que nos ocupa. La actora alegó que sólo se les indicó que dicho tipo de interés era "un índice de referencia oficial", con la fuerza sugestiva que posee el término oficial de cara a desplazar la atención y asumir estar en presencia de un elemento que aparece en la escritura alejado de la decisión de uno mismo, unido al hecho de prever otras alternativas, se acompaña de otras opciones existentes, se refiere a la existencia de índices sustitutivos, me permite concluir que la entidad demandada omitió todo tipo de explicación sobre la referida cláusula, al tiempo que no existe evidencia de que se le simulara escenarios varios sobre los diversos índices de referencia en su doble modalidad principal o sustitutiva. Y estos otros índices de

referencia, y me refiero al principal Euribor, son los índices abrumadoramente mayoritarios en la contratación en consumidores con el perfil que presentan los prestatarios: particulares que acuden a una entidad bancaria en busca de financiación para la adquisición de su vivienda habitual. No se explica por la entidad por qué estos concretos clientes optaron por este índice sustitutivo, apartándose del común de los mortales.

Todo lo argumentado me lleva a concluir que la entidad trasladó de forma automática un índice de referencia que no fue objeto de negociación, ajeno al conocimiento financiero de los prestatarios, limitándose a la posibilidad de referenciar la operación al índice Euribor como índice de referencia principal, con las condiciones que la concreta situación patrimonial-financiera permitiera, y que son desconocidas para este Tribunal, esto es, se omitió la existencia de un índice IRPH sustitutivo “INDICE BANCOS”, impidiendo a los prestatarios comprender el alcance real del interés remuneratorio comprometido.

En definitiva, la negociación se desarrolló sin que la entidad bancaria haya conseguido haber acreditado superar el control de transparencia en el uso de condiciones generales de la contratación referidas a elementos esenciales en la negociación. Todo ello impidió al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés, de modo que de forma sorpresiva para la parte demandante, transcurrido el primer tramo fijo, el préstamo a interés variable se referenciaba a un tipo que de forma aparente resultaba menos oneroso al tiempo que de forma inadvertida podía, y así ha sido, convertirse en un préstamo a interés variable de mayor onerosidad que la buscada, con la consiguiente declaración de nulidad de la misma. La nulidad de la cláusula que fija como índice de referencia el IRPH *tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para bancos* se ve afectada de nulidad extunc, esto es, conlleva la aplicación del índice principal “Euribor” desde el inicio de la operación, con devolución de las aportaciones en exceso previstas en el fundamento jurídico tercero de la presente al cual nos remitimos .

Conforme al carácter dispositivo y de rogación del procedimiento civil, así se acordará.

SEPTIMO.- Costas. Conforme al art. 394.2 LEC, al ser íntegra la estimación de la demanda, procede condena en costas a la parte demandada.

Por todo lo anterior,

FALLO

Primero.-Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Lepiani Velázquez, en nombre y representación de Doña [REDACTED] y Don [REDACTED], contra la entidad “BBVA ARGENTARIA S.A.”, debo declarar y declaro la ineficacia de la cláusula de límite mínimo y máximo a la variación del tipo de interés pactado en el préstamo suscrito por las partes, formalizado en escritura de fecha 1 de abril de 2009, otorgada ante el Notario Doña María del Carmen Soriano Lavirgen , con número 339 de su protocolo, modificada por Escritura de Préstamo Hipotecario de 9 de enero de 2010, con subsistencia del resto del contrato,. Debo condenar y condeno a la entidad demandada a abonar a los actores las cantidades indebidamente cobradas, a causa de la aplicación de la cláusula, desde la fecha de presentación de la demanda (26 de noviembre de 2014),

que se determinarán con arreglo a las bases fijadas en el fundamento tercero de la presente resolución, mas el interés legal.

Segundo.-DECLARAR la nulidad ex tunc de la Cláusula que fija como índice de referencia Sustitutivo el IRPH INDICE BANCOS "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos" sita en la escritura de préstamo hipotecario otorgada entre la parte actora y la mercantil demandada en fecha 01.04.2009 en la localidad de Conil de la Frontera (Cádiz), ante el Notario autorizante Doña María del Carmen Soriano Lavirgen número 339 de su protocolo, modificado por escritura de novación modificativa de 9 de enero de 2010, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, en legal forma.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación, ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la misma, previa consignación del depósito de 50 euros previsto por LO 1/09, de 3 de noviembre, en la cuenta de este Juzgado, requisito sin el cual no se admitirá a trámite.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a la causa, lo pronuncio, mando y firmo. Doy fe.