

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO DOS DE BENIDORM. (Alicante)**

Paseig dels Tolls, s/n. Palacio de Justicia. Planta 3ª. Benidorm (Alicante). Teléfono: 96.687.88.37

Procedimiento: Procedimiento Ordinario - 000399/2016 -

N.I.G.: 03031-42-2-2016-0001398

Demandante:

Procurador: COSTA ANDREU, JULIO

Demandado: BANKIA S.A.

Procurador:

1 SENTENCIA nº 259/16

En Benidorm, a 21 de diciembre de 2016.

2

3 Vistos por mí, D^a _____, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Benidorm y su partido, los presentes autos de Juicio ordinario sobre nulidad de cláusula contractual Nº 399/2016, seguidos a instancias de D^a _____, representada por el Procurador Sr. Costa Andreu y asistida por el Letrado Sr. Mira Berenguer, contra la mercantil Bankia, S. A., representada por la Procuradora Sra. _____ y asistida por el Letrado Sr. _____, y atendiendo a los siguientes;

1 ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a _____ ha presentado en este Juzgado escrito de demanda de juicio ordinario sobre nulidad de cláusula contractual frente a la mercantil Bankia, S. A.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha 12 de abril de 2016 fue admitida a trámite la demanda, ordenando el emplazamiento de la parte demandada para contestar a la misma.

Contestada la demanda en tiempo y forma por el demandado, por decreto de fecha 3 de mayo de 2016, fueron convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa.

TERCERO.- En el acto de la audiencia previa, ambas partes se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y de contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Recibido el pleito a prueba, sólo ha sido propuesta y admitida prueba documental.

Recabada la documentación solicitada, las partes han formulado conclusiones y han quedado los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han cumplido todas las prescripciones legales de general y pertinente aplicación, a excepción de algunos plazos procesales por razón de la carga de trabajo que pesa sobre este juzgado.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita acción para que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario concertado con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Bankia) con fecha 23 de junio de 2006 en cuanto al índice de referencia establecido en la misma, y para que se condene a la parte demandada a aplicar como índice de referencia el Euribor incrementado en 0.7 puntos porcentuales, y a restituir al actor las cantidades abonadas de más en concepto de intereses. Y ello con fundamento en la normativaprotectora del consumidor y en las resoluciones de los órganos judiciales en cuanto a la abusividad de dicha cláusula.

Según consta en el escrito de demanda, en la cláusula tercera bis se fija un interés variable y se dice que “para semestres, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de Banco”. Este índice de referencia es conocido como IRPH Bancos.

La ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización dejó sin efecto el IRPH Bancos y el IRPH Cajas (fijado en la escritura como índice sustitutivo), disponiendo que cuando el índice de referencia pactado en el contrato fuera alguno de los que desaparecen se sustituirá por el tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por las entidades de crédito en España”, (conocido como IRPH Entidades).

A partir de la publicación de dicha norma Bankia empezó a aplicar el IRPH Entidades sin ningún tipo de negociación con la parte ahora demandante, sin dar opción a la misma para la aplicación de un nuevo índice o para resolver el contrato. Se explica en la demanda que el IRPH Entidades es un índice calculado por el Banco de España que, a partir de los datos que mensualmente remiten todas las entidades de crédito, elabora una media simple, lo que significa que los datos aportados por la entidad bancaria más pequeña tienen la misma relevancia que los aportados por la de mayor cuota en el mercado, no resultando, por esta razón, representativa de la realidad del mercado hipotecario español. Además, los tipos de referencia escogidos son tasas anuales equivalentes que incorporan el efecto de las comisiones, quedando excluidas para el cálculo del índice de referencia las subvenciones del tipo de interés o las operaciones que se concierten fuera del tipo de mercado, en el marco de un Convenio Colectivo u otras circunstancias.

Entiende la parte demandante que dicho índice de referencia debe ser anulado por falta de transparencia, al no haberse explicado convenientemente su

funcionamiento en el contrato. La cláusula tercera bis es una cláusula pre-redactada inserta en un contrato de adhesión concertado entre un profesional y un empresario, la cual no ha sido negociada individualmente. La demandante no ha sido informada, ni en el contrato ni verbalmente, de las características de dicho índice en comparación con otros índices de referencia como el Euribor, y no se ha permitido por la entidad bancaria elegir otro tipo de referencia ni rescindir el contrato al tiempo de la supresión del IRPH Bancos que había sido inicialmente fijado en el contrato, aplicándose dicho cambio sin advertencia alguna a la ahora demandante, a pesar de no estar expresamente previsto en el contrato.

Se considera vulnerada la exigencia de claridad, concreción y sencillez impuesta por el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando la Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 que dice 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”. Aún cuando dicha sentencia no hace referencia expresa al IRPH, se cita jurisprudencia menor que está anulando dicho índice de referencia, entendiéndose que el carácter oficial de dicho índice no exime a la entidad financiera de proporcionar al consumidor una información comprensible sobre el contenido de cada una de las cláusulas, a fin de que el mismo pueda comprender el alcance de las mismas o el efecto que pudieran tener sobre su economía, formando adecuadamente su voluntad negocial. Asimismo, dice la parte demandada que, aún cuando la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea entiende que no cabe la integración de las cláusulas declaradas nulas en caso de que el contrato pueda subsistir sin las mismas, puede la parte demandante solicitar que se produzca dicha integración, y que se le devuelvan las cantidades indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula abusiva, aplicando la normativa vigente. Y esto es lo que hace la parte demandante en este caso, que en lugar de solicitar que no se apliquen intereses solicita que se aplique el euribor incrementado en 0.7 puntos porcentuales, y que se recalculen los intereses a fin de que se condene a la parte demandada a restituir las cantidades percibidas indebidamente por aplicación del IRPH Bancos e IRPH entidades como índices de referencia para el cálculo del interés variable.

SEGUNDO.-La parte demandada, en su contestación a la demanda, se alza contra la pretensión actora, interesando la íntegra desestimación de la demanda con expresa condena en costas.

Alega la mercantil demandada que, en el caso de autos, se ha limitado a aplicar la ley citada por la parte demandante, al haberse determinado la imposibilidad de aplicación del índice de referencia inicialmente pactado, y del que se establece como sustitutivo del mismo en el contrato, comunicando el cambio de índices aplicados a la actora.

Y añade que el Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre la nulidad por abusivas de otro tipo de cláusulas, no se ha pronunciado sobre la abusividad de dicho índice de referencia.

Además, dice la mercantil demandada que el contrato de préstamo concertado con la demandante fue negociado individualmente, habiendo tenido varias reuniones con ella para fijar las cláusulas, y que en el año en que se suscribió el préstamo la entidad bancaria no introdujo la citada cláusula en ningún otro contrato, lo que acredita que se trata de una cláusula personalizada y adaptada a la demandante.

TERCERO.- Delimitado el objeto de la controversia, y a la vista de la documentación incorporada a los autos y de la normativa y jurisprudencia vigentes, entiendo que la demanda debe ser íntegramente estimada.

El concepto del índice de referencia (IRPH Entidades) cuya nulidad se pretende ha sido aclarado en el escrito de demanda, y no ha sido cuestionado por la parte demandada, resultando que el modo en que dicho índice se calcula es el que refiere la parte actora en su demanda según el informe del Banco de España incorporado a los autos.

En el caso de autos lo que se está pretendiendo es declarar la nulidad de la cláusula tercera bis en la que se pacta un interés variable calculado conforme al aludido índice de referencia, porque se entiende que dicha cláusula no es transparente, al no explicar al consumidor el modo en que se calcula dicho índice y las consecuencias que el mismo puede tener sobre su economía.

El aludido índice afecta claramente al interés remuneratorio que, como elemento esencial del contrato, debe quedar al margen del control de abusividad. Ello no obstante la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, a propósito de la cláusula suelo que afecta de igual modo al interés remuneratorio, ha permitido declarar la abusividad por falta de transparencia, es decir, porque la redacción de la cláusula no resulte comprensible para el consumidor. En este caso no se acredita que el consumidor haya sido informado en el contrato o verbalmente del modo en que dicho índice es calculado, ni de las consecuencias que el mismo puede tener sobre su economía, estableciéndose además un límite máximo que no se ajusta a la realidad del mercado (13%) y que puede resultar engañoso para el consumidor. Pero es que además, en el caso de autos, por un cambio legislativo se ha cambiado el tipo de referencia inicialmente fijado en el contrato por otro tipo de referencia. La entidad demandada dice dicho que dicho cambio viene impuesto por ley, y que se ha limitado a cumplir lo que dice la norma. Este cambio no viene expresamente permitido en el contrato, y si se entendiera que el contrato lo permite porque establece la posibilidad de sustituir dicho índice de referencia por el IRPH Cajas también desaparecido, debe añadirse que este tipo de cláusulas pueden considerarse abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario si no se informa debidamente al consumidor de las consecuencias del cambio del tipo de referencia, y se le permite elegir otro índice o rescindir el contrato en caso de que las consecuencias del cambio sean desfavorables para el mismo. Dice el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que “las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes”.

Según se ha dicho, en el caso de autos el cambio del tipo inicial por el IRPH Entidades no está expresamente previsto en el contrato, aunque se puede asumir dicho cambio teniendo en cuenta que la cláusula permite la sustitución del tipo de referencia pactado en caso de que el mismo desapareciera, por el IRPH Cajas que también ha desaparecido. Ahora bien, de dicho cambio y de sus consecuencias se ha debido informar convenientemente al consumidor, permitiendo al mismo resolver el contrato si la aplicación de dicho índice no conviniera a sus intereses económicos, y no se ha acreditado por la entidad bancaria que se haya procedido de este modo.

Los índices aplicados cuya nulidad se pretende son mucho menos favorables que el euribor, que es otro posible índice o tipo de referencia que podría haberse ofrecido por la entidad bancaria. En caso de que el consumidor hubiera recibido una información conveniente y se hubiera explicado debidamente al mismo el modo en que dichos tipos de referencia son calculados, y las consecuencias negativas para su economía, el consumidor no hubiera asumido ni el tipo de referencia inicialmente pactado ni el cambio o sustitución posterior. Además, hay que destacar que el mismo modo en que se calcula el tipo o índice supone ya, en sí mismo, una vinculación del contrato a la voluntad del empresario, ya que se calcula con los datos suministrados por las propias entidades bancarias.

Finalmente, como dice la parte demandante, aunque el Tribunal de Justicia no permite la integración del contrato en caso de que sea anulada una cláusula que no impida la subsistencia del contrato, dicha integración puede producirse si la solicita la propia parte demandante. Y esto es lo que ocurre en el caso de autos, en el que se solicita la aplicación de un nuevo índice de referencia económicamente más favorable que el fijado inicialmente y que el posteriormente aplicado por haberse extinguido el anterior, con restitución de las cantidades entregadas de más por aplicación de los índices anteriores, es decir, recalculando los intereses desde el inicio del contrato conforme al nuevo índice de referencia a aplicar. Y ello en base a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil que dice que “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 sus intereses”, teniendo en cuenta que, en este caso, la nulidad es parcial, y debe hacerse el correspondiente reajuste en el contrato.

En suma, en base a todo lo anteriormente expuesto, la demanda debe ser íntegramente estimada.

Sólo debe precisarse que, en ejecución de sentencia, no podrán determinarse la cantidades a restituir por la entidad bancaria a la actora, y que en caso de que no exista acuerdo posterior entre las partes en cuanto a la cantidad que haya de ser devuelta, deberá iniciarse proceso declarativo posterior con dicho objeto, por aplicación del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- El artículo 394 de la LECiv establece que “en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

En el caso de autos, procede la imposición de las costas a la parte demandada al haberse estimado íntegramente la demanda, por aplicación del principio de vencimiento que, como regla general, se establece en la Ley Rituaria en materia de costas.

Vistos los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por el Procurador Sr. Costa Andreu, en nombre y representación de D^a , que dio lugar a los autos de juicio ordinario sobre nulidad de cláusula contractual seguidos ante este Juzgado bajo el N^o 399/2016, declarando la nulidad por abusivos del IRPH Bancos fijado como índice de referencia para calcular los intereses variables en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo objeto de autos, así como del IRPH Entidades aplicado en sustitución por desaparición del fijado inicialmente, y condenando a la mercantil Bankia, S. A. a aplicar como índice de referencia el Euribor incrementado en 0,7 puntos porcentuales que es el diferencial que le viene aplicando a las revisiones del IRPH en sus dos modalidades, así como a restituir a la demandante las cantidades por la misma abonadas por aplicación de los tipos de referencia declarados nulos durante el período de vigencia del contrato de préstamo, tomando como referencia sustitutoria el euribor más 0,7 puntos porcentuales.

Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, pudiendo presentar recurso de apelación ante este Juzgado, en el plazo de veinte días a partir del siguiente a su notificación, recurso del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante, previos los correspondientes depósitos.

Así lo acuerda, manda y firma, D^a María Morán de Vega, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Benidorm (Alicante) y su partido judicial, de lo que doy fe.

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.- Se advierte expresamente a todas las partes, testigos y peritos, y demás personas que sean receptoras de la presente resolución que, deberán guardar total y absoluta confidencialidad de todos los datos de carácter personal obrantes en la misma; quedando terminantemente prohibida la transmisión de dichos datos y/o la comunicación por cualquier medio o procedimiento de los mismos, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, ex Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; bajo apercibimiento de incurrir en las responsabilidades administrativas, civiles y penales, a que haya lugar en otro caso.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por la Sra. Magistrada –Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha de lo que doy fe.