

Fec. Recepción: 06/10/2016 [13:42:26]
Notificado el: 07/10/2016
Letrado Direc.: Sala-Planell Esqué, Arcadi
Autos: 688/15
Cliente: [REDACTED]
Asunto: 002/193015
Procedimiento: Procedimiento ordinario

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

NÚMERO 7 DE GAVÀ

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 688/2015

SENTENCIA Nº 117/2016

En Gavà a 3 de octubre de 2016

Vistos por mí, Doña Alicia Pérez Muñoz, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Gavà y su partido judicial, los presentes autos de juicio ordinario de nulidad contractual registrados con el número 688/2015 promovidos DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales Don [REDACTED] y asistido por el letrado don Arcadi Sa-Planell Escué contra CATALUNYA BANC S.A representada por el Procurador de los Tribunales Don [REDACTED] y asistido por el letrado doña [REDACTED], pronuncio la siguiente resolución en base a lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador de Tribunales, don [REDACTED] en nombre y representación que acreditó, se formuló demanda de procedimiento ordinario contra CATALUNYA BANC. Demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó interesando que se dictara sentencia conforme al suplico de la misma.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre, y en plazo hábil, el Procurador de Tribunales don [REDACTED]. A través del escrito de contestación a la demanda, se oponía a las pretensiones de la parte actora, solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO: Convocados los litigantes a la preceptiva Audiencia Previa, que se celebró el 25 de mayo de 2016. Durante su celebración ambas partes formularon alegaciones en apoyo de sus respectivas pretensiones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, a lo que seguidamente se accedió, proponiendo cada una de las representaciones las diligencias que estimó oportunas.

CUARTO: Durante la sesión del acto del juicio, celebrado el 18 de julio de 2016, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, como quedó recogido en el soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, con lo que, una vez evacuado por las partes el trámite de resumen de prueba, quedaron los autos conclusos para resolver.

QUINTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente procedimiento se está ejercitando de forma principal una acción de nulidad por abusivas de determinadas cláusulas contenidas en la escritura pública de hipoteca formalizada entre las partes. Subsidiariamente se solicita la nulidad de tales cláusulas por vicios en el consentimiento.

La parte actora fundamenta el ejercicio de su acción alegando que el Sr. [REDACTED] y la Sra. [REDACTED] son clientes de la Catalunya Banc desde hace muchos años y formalizaron con dicha entidad un préstamo hipotecario para adquirir su vivienda habitual sita en Castelldefels en fecha 2 de febrero de 2011. Indican que en dicha escritura no se contenían las cláusulas financieras aplicables al préstamo y que simplemente se mencionaba que los clientes se subrogaban en el préstamo hipotecario anterior. Añade que esta escritura anterior nunca les fue entregada y que no fueron informados del índice que se les iba a aplicar y tampoco pudieron elegir entre las opciones existentes. Tampoco tuvieron acceso a la cláusula del interés de demora y de vencimiento anticipado.

Así sostiene que la entidad en el proceso de contratación no le suministró una información adecuada acerca de las características del índice a aplicar tales como simulaciones, comparaciones, ofertas alternativas, lo que provocó que firmaran un

préstamo con unas condiciones impuestas por la entidad, abusivas y en absoluto transparentes. De este modo se les impuso un índice tal como el IRPH manipulable y que genera un sobre coste excesivo de intereses. Por ello considera que el perjuicio económico sufrido es de 12.801,91 euros.

Por último mencionan que tanto el Sr. [REDACTED] como la Sra. [REDACTED] con clientes minoristas sin conocimientos financieros que se han dejado guiar por las recomendaciones del personal de la entidad bancaria.

La parte demandada se opone a la acción ejercitada alegando en primer lugar que en este supuesto nos encontramos ante una subrogación de un préstamo hipotecario que fue concedido previamente a un promotor. Sostiene que en estos supuestos el promotor ofrece la posibilidad al comprador de subrogarse en el préstamo limitándose la entidad financiera a dar la correspondiente autorización, por lo que la entidad no ha ofrecido a los actores ningún préstamo hipotecario.

En cuanto al IRPH indica que en el momento de la formalización del contrato dicho índice era válido y entre él y el EURIBOR no existía mucha diferencia aplicándose además en los supuestos de IRPH un diferencial más bajo. Añade que el índice de referencia es un elemento esencial del contrato por lo que no cabe acoger la alegación de la parte actora de que no conocía el mismo. Se opone igualmente al carácter manipulable del índice.

Por otro lado se opone a las consecuencias pretendidas por la parte actora con la declaración de nulidad ya que sostiene que de estimarse lo solicitado nos encontraríamos ante un préstamo sin intereses, desnaturalizando el contrato suscrito. Igualmente se opone a la aplicación subsidiaria del EURIBOR.

En cuanto a la cláusula de los intereses de demora indica que en sede de intereses de demora debe de prevalecer el principio de autonomía de voluntad de las partes, añadiendo además que los intereses de demora tienen una naturaleza indemnizatoria que solo se aplica en el caso de que exista un incumplimiento por parte del prestatario. Respecto de la cláusula de vencimiento anticipado igualmente se opone a su abusividad.

Por último en cuanto a la acción subsidiaria de nulidad por vicio en el consentimiento se opone a ello alegando que los actores eligieron voluntariamente subrogarse en un préstamo que ya había sido negociado previamente. De este modo la

falta de información dada por la entidad no vienen corroboradas por prueba alguna.

SEGUNDO: Centrados de esta forma los términos de debate la cuestión controvertida que debe ser resulta con carácter principal en la presente resolución radica en determinar si procede declarar como abusivas las cláusulas de IRPH, interés de demora y vencimiento anticipado contenidas en la escritura de préstamo hipotecario. Asimismo se deberá de determinar, el supuesto de que se declarase la nulidad, que consecuencias conlleva tal declaración.

Con carácter previo a entrar a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se solicita cabe hacer unas consideraciones generales de que se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como cláusulas abusivas. Para determinarlo nos encontramos con criterios tanto normativos como jurisprudenciales.

En primer lugar, en relación a los criterios normativos cabe mencionar la Directiva 93/13 que establece en su artículo 3º que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causaran en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el Anexo de la Directiva mencionada, en la letra e del apartado 3º del artículo 3 se establece que se considerará abusiva una cláusula que imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

Por otro lado la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha sido incluida en el Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, vigente en el momento de la formalización del contrato, indicaba en su artículo 10 que las cláusulas contractuales debían se redactarse de forma concreta, clara y con sencillez, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

También determinaba que debían de cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio de prestaciones, lo que excluía entre otros, la existencia de cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al

consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios; las condiciones abusivas de crédito. Asimismo en el apartado 4 de dicho artículo se señalaba que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo.

En otro sentido también hay que hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entre otras, en la Sentencia de 26 de abril de 2012, establece que hay que partir de la base de que el sistema de protección establecido en la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.

En relación al concepto de cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia recuerda que el "*desequilibrio importante*" creado por estas cláusulas se ha de apreciar teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no concurra un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a ese efecto examinar la situación jurídica en que se halla el consumidor a la vista de los medios de que dispone de acuerdo con la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Añadiendo que para determinar si el desequilibrio se produce "*pese a las exigencias de la buena fe*" (apartado 69 de la STJUE de 14.3.2013), es necesario comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

A la vista de lo expuesto la primera cuestión a determinar radica en determinar si las cláusulas contractuales cuya declaración de abusividad se solicita son condiciones generales de la contratación según la redacción prevista en el artículo 1.1 en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones Generales de la Contratación. (Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos).

La prueba sobre dicha negociación corresponde a la entidad financiera tal y como

se desprende del contenido del artículo 82 del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Además en dicho artículo también se indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 indicaba *“que el empresario al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe de aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general de la contratación y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, ya por el consentimiento un elemento esencial del contrato, tal y como establece el artículo 1261 del CC. Así distingue nuestro Alto Tribunal entre la imposición del contenido y la imposición del contrato”*.

En el supuesto de autos, nos encontramos con una escritura de compraventa de fecha 2 de febrero de 2001, (doc. 5 demanda) en la que los actores adquirieron una vivienda y una plaza de aparcamiento a los consortes Don [REDACTED] y Doña [REDACTED]. En dicha escritura consta que ambas fincas estaban gravadas con una hipoteca a favor de Caixa D'Estalvis de Tarragona. En la cláusula segunda se indica que parte del precio de la compraventa se abona a la parte vendedora en ese acta y otra parte, en concreto la suma de 28.620.374 millones de pesetas son retenidos por la parte compradora para satisfacer a la CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA en cumplimiento del préstamo garantizado con las hipotecas reseñadas en el apartado “cargas”, subrogándose además dicha parte compradora en la obligación principal garantizada con las hipotecas.

Se ha aportado igualmente por la parte actora la escritura de hipoteca formalizada en fecha 17 de septiembre de 1998 entre la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA y la entidad PROCIUTAT S.A. En dicha escritura de hipoteca se subrogaron en un primer momento Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] y posteriormente los actores a través de la escritura de compraventa antes indicada.

En la escritura de hipoteca y en lo que a la cláusula del índice de referencia a aplicar se refiere se indicaba que el comprador que se subroga en la primera transmisión en la parte del préstamo que grave los departamentos adquiridos podrá elegir en el momento de realizar la escritura de compraventa y subrogación entre varias opciones del tipo de referencia a aplicar. Seguidamente se señalaba que ello era sólo aplicable a los primeros compradores de los distintos departamentos y en el caso de posteriores

compraventas y subrogaciones el tipo de interés nominal anual a aplicar será el vigente en el momento de producirse la 2ª o ulterior transmisión, de acuerdo con lo pactado en la presente resolución.

En el acto de la vista declaró como testigo, Doña [REDACTED], empleada de la entidad demandada, quien manifestó no recordar si intervino en la formalización de la escritura con los actores.

A la vista de lo indicado cabe concluir que las cláusulas contractuales cuya declaración de abusividad se solicita deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación predispuestas por la entidad de crédito de forma anticipada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, no quedando más opción al cliente que aceptar o rechazar la oferta propuesta por la otra parte contratante. De este modo la entidad financiera no ha aportado ninguna prueba relativa a la negociación de las cláusulas con los actores, quienes al subrogarse en la hipoteca que gravaba la finca adquirida tuvieron que aceptar la cláusulas fijadas en el contrato sin que pudieran modificar las mismas. Añadir que no es cuestión discutida que los actores tengan la consideración de consumidores y usuarios.

TERCERO: Una vez determinado que nos encontramos ante un contrato de adhesión, se analizarán las cláusulas contractuales controvertidas de forma individualizada.

1. IRPH.

1. VALIDEZ

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

Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

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

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

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

La mayor parte de las Audiencias Provinciales, tales como la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 4 de mayo de 2015, de Pontevedra, Sección 1ª, 22 enero 2.016 , Zaragoza, Sección 5ª, 10 febrero 2.016 ; Álava, Sección 1ª, 10 marzo 2.016 o Barcelona, Sección 15ª, 28 abril 2.016 , entre otras muchas indican que se trata de un índice sobre el que las distintas entidades bancarias no tienen posibilidad de control o manipulación.

En concreto cabe mencionar la sentencia de la AP de Alava de fecha 10.03.2016

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

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

2. CONTROL DE ABUSIVIDAD

Debe de tenerse en cuenta que el tipo de referencia a aplicar en el préstamo es un elemento esencial del contrato en tanto en cuanto determina el precio o contraprestación de la operación. Los mismos revisten carácter esencial en la estructura del préstamo por lo que no son susceptibles de ningún control de abusividad (así la STS de 18 de junio de 2012 luego confirmada por la STS de 9 de mayo de 2013).

Ahora bien, el hecho de el tipo de referencia a aplicar constituya un elemento esencial del contrato no excluye la posibilidad de control de incorporación y transparencia. Así se desprende del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en el que se indica que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 en la que se señala que *"aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)".* Esta postura ha sido

confirmada posteriormente por nuestro Alto Tribunal en diferentes resoluciones, entre otras en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015 y en la de 23 de diciembre de 2015. Esta última sentencia determina la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Señala que esto se deriva de lo contemplado en el art.4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

De todo lo anteriormente manifestado se desprende que si bien el tipo de referencia previsto en el préstamo, que determina los intereses remuneratorios, constituyen un elemento esencial del contrato es posible su control de inclusión y transparencia siempre y cuando nos encontremos ante una condición general de la contratación incorporada a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como en el supuesto que nos ocupa.

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

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

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

En el supuesto que nos ocupa en la escritura de compraventa formalizada por los actores, en la que se subrogaron en el préstamo hipotecario, no se incluye ninguna referencia a las cláusulas financieras del préstamo, limitándose a indicar que los compradores se subrogaran en la escritura de préstamo hipotecario que grava la vivienda adquirida. La parte actora ha aportado la primera escritura de préstamo hipotecario formalizada por la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA, y la promotora PROCUTAT S.A , aplicable a los actores por subrogación. En la cláusula TERCERA BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE se indica **que el comprador que se subrogó en la primera transmisión en la parte del préstamo que grave los departamentos adquiridos podrá elegir en el momento de realizar la escritura de compraventa y subrogación entre alguna de las siguientes opciones de variación del tipo de interés:**

1. OPCIÓN “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro”.

2. OPCIÓN MIBOR a 1 año.

La elección la realizará el comprador mediante transcripción de la operación elegida en la escritura de compraventa y subrogación. En el caso de que en dicha escritura no se reflejara la elección de ninguna de las dos opciones, se entenderá que el comprador ha elegido la opción 1ª “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro.

Esto solo resulta aplicable a los primeros compradores de los distintos departamentos, en el caso de posteriores compraventas y subrogaciones el tipo de interés nominal anual a aplicar será el vigente en el momento de producirse la 2ª o ulterior transmisión, de acuerdo con lo pactado en la presente resolución.

A continuación se explica cada una de las opciones fijadas. Así en el primer caso se señala que el tipo de interés anual a aplicar será el resultante de añadir 0 puntos al tipo de referencia, que se publica mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, redondeado al cuarto punto superior.

El tipo se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de Cajas de Ahorro.

En cuanto a los tipos de interés de referencia sustitutivos, son el índice de referencia de los préstamos hipotecarios, referidos al conjunto de Entidades del sistema Financiero que se publica en el BOE, por el Banco de España. Y en segundo lugar el tipo de interés activo de referencia de las Cajas de Ahorro que se publica en el BOE, por el Banco de España.

Dicha cláusula contenida en la primera escritura de préstamo hipotecario, leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, es clara y comprensible pues concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, que es un índice oficial y que se publica en el BOE, por lo que está a disposición del cliente si éste quiere consultarlo. Por tanto, se cumple el primer nivel de transparencia del artículo 80.1 TRLCU.

Ahora bien la peculiaridad del supuesto que nos ocupa es que los actores no formaron parte de esa escritura ni tampoco de la escritura en la que se realizó la primera subrogación, por lo que no pudieron elegir el tipo de referencia aplicable al préstamo estando sujetos al índice elegido por los primeros compradores.

De este modo los actores al adquirir la vivienda se subrogaron en el préstamo hipotecario que gravaba la misma sin que conste que fueran informados adecuadamente de cuáles eran las cláusulas financieras del préstamo. Así no se ha traído al proceso prueba alguna en relación a la información facilitada a los actores a la hora de subrogarse en el préstamo hipotecario que permita concluir que la entidad cumplió con

los requisitos exigidos de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula.

La testigo traída por la entidad y que declaró en el acto de la vista, doña Cristina Victoria, manifestó no recordar la negociación de la hipoteca con los actores, manifestando que ella actualmente si informa por escrito a los clientes de los tipos de referencia a aplicar.

El argumento de la parte demandada de que al ser una subrogación el cliente ya conocía los términos de la hipoteca limitando la entidad su participación en la misma en la aceptación del cliente con criterios de solvencia, no pudo ser acogido. Cabe poner de manifestó que la entidad financiera, que es quien creó el contrato de préstamo hipotecario en el que se subrogaron las partes tenía la obligación de informar a los mismos de las condiciones financieras en el que se iba a subrogar. En este caso no hay prueba alguna que refleje que los actores fueron informados de cuales eran características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH, para que los mismos pudieran decidir si querían subrogarse en ese préstamo hipotecario o elegir otra entidad financiera.

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

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que no existiendo prueba alguna de que los actores fueran debidamente informados de la cláusula que fijaba el índice de referencia a aplicar el préstamo, la cláusula no supera el control de transparencia exigido, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación cabe declarar la nulidad del pacto del índice de referencia aplicar en el préstamo tanto de forma principal como sustituto.

3. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD.

En cuanto a las consecuencias que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

En relación a las consecuencias de la declaración de la cláusula del tipo de interés de referencia debe de tenerse en cuenta que el artículo 6 de la Directiva 93/13 establece que *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

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

El Tribunal Supremo ya declaró, en la Sentencia 401/2010 de 1 de julio, que *"las reglas del mercado se han visto incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. De este modo la posibilidad de que los jueces puedan apreciarlas de oficio y dejarlas sin*

efecto supone un efecto disuasorio sobre los profesiones, en un doble sentido: en primer término como señala el Abogado General en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros C-32/12, "al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que los consumidores no fueran conscientes de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no las invocarían en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".

Además, la facultad de no aplicar las cláusulas abusivas frente a los consumidores por los jueces nacionales, elimina el efecto disuasorio de utilizarlas en la medida que los profesionales podrían verse tentados a establecer cláusulas abusivas al saber, que aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales".

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

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

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

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

Esta cantidad se deberá calcular en ejecución de sentencia.

2. INTERES DE DEMORA .

En la cláusula sexta del contrato de préstamo hipotecario se indica que las cantidades impagadas devengarán intereses de demora a favor de la Caja al tipo del 18,75 por ciento.

Para determinar si dicha cláusula podría considerarse abusiva, además de tener en cuenta lo manifestado con carácter general anteriormente, hay que tener en cuenta, por un lado, que el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su escrito de conclusiones de 8 de noviembre de 2012, establece que el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora (...) Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 14 de marzo de 2013, establece, también, que para determinar si los intereses de demora son abusivos el juez deberá comprobar cómo señalo del Abogado General en sus conclusiones, en concreto los puntos 85 a 87, que el tipo de interés de demora fijado al respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que el interés de demora persigue en España, y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

El legislador ha establecido una orientación en ponderación de los intereses de demora, en la Ley 1/2013 de 15 de mayo, estableciendo, en el artículo 114 de la Ley hipotecaria, que el mismo no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero, en el caso de préstamos garantizados con hipotecas constituidas sobre vivienda habitual. Por otro lado, la Ley 16 /2011 de Contrato de Crédito al Consumo que establece, en su artículo 20.4 que los intereses por descubiertos no podrán superar 2,5 veces el interés legal del dinero.

En relación con este límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo en la sentencia del pleno fecha 3 de junio de 2016 indica que *“en este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el*

art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”.

Así en la sentencia se concluye que el límite que debe de tenerse en cuenta para considerar que el interés de demora es abusivo es el de dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado. Se pone de relieve en la sentencia que el hecho de que en los préstamos hipotecarios el interés remuneratorio es inferior que en los préstamos personales dado que existe una garantía real, no justifica que se varíe el criterio establecida en la sentencia anterior.

En el supuesto que nos ocupa en la cláusula sexta de la hipoteca se prevé el interés de demora es del 18.75%, por lo tanto supera los límites antes mencionados por lo que debe ser declarado abusivo ya que supone una penalización desproporcionada ante el incumplimiento contractual, que causa un desequilibrio importante entre las partes. La aplicación del mismo va más allá de ser un componente disuasorio no manteniendo una ética en el pago. Así supera el límite marcado por el Tribunal Supremo antes mencionado. Por ello su aplicación por parte de la entidad va en contra de la buena fe contractual y excede de los fines que se persiguen al fijar un interés de demora.

En cuanto a las consecuencias del carácter abusivo de esta cláusula contractual, la Sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada indica que *“Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada”.*

En consecuencia la entidad financiera no podrá reclamar interés moratorio alguno.

3. VENCIMIENTO ANTICIPADO

En la cláusula seta bis se indica que la entidad acreedora podrá dar por vencido el

total del préstamo, con anterioridad al plazo estipulado en los siguientes casos:

- a. La falta de pago por la prestataria del capital o intereses del préstamo en los plazos estipulados así como también la falta de pago de las contribuciones, impuestos o primas de seguro que afecten al préstamo o la finca hipotecada.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

El Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, declaró que *“con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008”*. El mismo criterio se mantuvo posteriormente en sentencias tales como la de 17 de febrero de 2011.

En la sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2015, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, estableció *“que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13)”*.

El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013, indicó en su apartado 73 que *“En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del*

deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

Por otro lado el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 que dispone que “Por consiguiente, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

El Tribunal Supremo posteriormente en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 determinó que “la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación”.

Aplicando lo expuesto al supuesto que nos ocupa cabe declarar que la cláusula de

vencimiento anticipado prevista en la escritura de hipoteca es abusiva ya que permite resolver el contrato ante el incumplimiento del pago de capital o intereses, así como de contribuciones, impuestos o primas de seguro. De este modo esta previendo la posibilidad de resolver el contrato incluso con el impago de unas prestaciones accesorias al contrato y sin vincular el incumplimiento a parámetros cualitativos y temporales.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración y a la vista de lo indicado anteriormente respecto de la cláusula de IRPH, procede la expulsión de la cláusula del contrato sin que quepa integrar el mismo de acuerdo con la normativa comunitaria antes expuesta.

CUATRO: En lo que respecta a las costas, no se impondrán a ninguna de las partes ya que en lo que respecta a la declaración de nulidad de la cláusula de IRPH existen pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales, lo que implica que nos encontremos ante dudas de derecho. Todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

FALLO

Que se estima la demanda interpuesta por la representación procesal de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] frente a CATALUNYA BANC S.A, y acuerdo:

1. Declarar la nulidad de la cláusula TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de septiembre de 1998, en el que se subrogaron los actores, en lo que al índice de referencia IRPH cajas de Ahorro y sustitutivos se refiere.
2. La reliquidación de la hipoteca, sin la aplicación de interés remuneratorio alguno desde que se aplicaron los intereses variables
3. La entidad demandada deberá de devolver a los actores la cantidad cobrada de más en concepto de intereses remuneratorios desde la aplicación de los intereses variables, con los intereses legales desde su percepción. Cantidad que se liquidará en ejecución de sentencia.
4. Se declara la nulidad de la cláusula sexta del préstamo hipotecario, relativa a los intereses moratorios, por lo que la entidad demandada no podrá cobrar

cantidad alguna por este concepto.

5. Se declara la nulidad de la cláusula sexta bis relativa del vencimiento anticipado, que queda expulsada del contrato.

6. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá interponerse en este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Jueza que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.