



FECHA RECEPCION: 14/06/2017  
FECHA NOTIFICACIONES: 06-2017  
FIN PLAZO/TERMINO:  
(n/reñ6/8074) Art.151.2.E.C.

## JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO SIETE DE ARENYS DE MAR

Procedimiento: Juicio Ordinario 78/16

### SENTENCIA N.º 112/2017



En Arenys de Mar, a 9 de Junio de 2017.

Vistos por Doña ANA MARÍA FERNÁNDEZ MORENO, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Arenys de Mar los autos de Juicio Ordinario número 78/2016 seguidos en este Juzgado entre partes, de una, como demandante, Doña ..... representada por el Procurador de los Tribunales Sra. E. .... y asistida por Letrado; y, de otra, como demandada, la entidad CAIXABANK S.A, sobre la acción de nulidad de cláusulas contractuales, he dado en dictar la presente, según los siguientes

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sra. .... presentó demanda, en nombre y representación de Doña ..... frente a la entidad antes referida en la que, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que entendió de aplicación, terminó suplicando:

1.- Que se declarara la nulidad y, por ende, se dejara sin efecto los apartados a, b, y c del pacto tercero bis del contrato hipotecario, relativo al interés variable aplicable al contrato de préstamo celebrado entre la demandante y la demandada el día 30 de diciembre de 2004 por infracción de normas imperativas y falta de transparencia y, en consecuencia, se inaplicara el índice IRPH y se reintegrara la totalidad de lo abonado por dicho interés desde la firma del contrato, manteniéndose la vigencia del mismo sin contraprestación. Conjuntamente con ello se interesaba que se condenara a la demandada a abonar dichas cantidades más el interés legal devengado desde cada cobro indebido y hasta la completa satisfacción de la demandante, cuantías incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y costas.

2.- Subsidiariamente, que se declararan nulas y sin efecto tales epígrafes del pacto tercero bis del mismo contrato y por las mismas causas expuestas y, en consecuencia, que se inaplicara el índice IRPH, aplicando, en su lugar, como referencia el Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable o, subsidiariamente, aplicando como referencia el Euribor más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato desde la misma fecha. Conjuntamente con ello se interesaba que se condenara a la demandada a abonar dichas cantidades más el interés legal devengado desde cada cobro indebido y hasta la completa satisfacción de la demandante, cuantías incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y costas.

3.- Subsidiariamente, que se declarara nulo y, por tanto, privado de efectos las cláusulas a, b y c del pacto tercero bis del contrato referido desde la fecha 29 de octubre de 2011, de publicación de la Orden Ministerial 2899/2011, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal, devengado desde cada cobro indebido y hasta la completa satisfacción de los actores.

4.- Subsidiariamente, que se declarara nulo y, por ende, privado de efectos, el pacto tercero bis desde el día 29 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la Orden Ministerial 2899/2011, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal, devengado desde cada cobro indebido y hasta la completa satisfacción de la actora.

5.- Subsidiariamente, que se declare nulo y privado de efectos el pacto tercero bis desde el día 29

de julio de 2013, fecha de finalización del periodo transitorio establecido en la Disposición Transitoria de la ya mencionada Orden, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal, devengado desde cada cobro indebido y hasta la completa satisfacción de la demandante.

6.- Conjuntamente con la pretensión primera que se declare nula y no despliegue efecto alguno el epígrafe primero del pacto sexto bis relativo a la cláusula de vencimiento anticipado.

7.- Se declare nula y no despliegue efecto alguno la cláusula relativa a los intereses de demora, pacto sexto, dado su carácter abusivo.

Todo ello con costas para la demandada.

**SEGUNDO** .- Por decreto se admitió a trámite la demanda, dándole traslado de la misma a la demandada y se la emplazó para que en el término de veinte días, compareciera asistida de letrado y representada por procurador, y contestara a la demanda en legal forma.



**TERCERO**.- Dentro del plazo legalmente previsto, la demandada formuló escrito de contestación a la demanda por el que se oponía a la misma, interesando la desestimación de la totalidad de las peticiones efectuadas en la misma con condena en costas a la parte actora.

**CUARTO**.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio, ésta se celebró en la fecha que consta en autos con la comparecencia ambas partes, debidamente asistidas y representadas. Convocado el día de juicio, este tuvo lugar con el resultado que obra en el soporte audiovisual de grabación, quedando los autos pendientes de dictar Sentencia.

**QUINTO**.- En la tramitación del presente pleito se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO. - De las pretensiones de las partes y la naturaleza de las acciones ejercitadas.**

Como se ha dicho, tiene por objeto la demanda presentada recabar la nulidad de las cláusulas referidas, al amparo, en todo caso, de lo dispuesto en la Ley de Consumidores y Usuarios, en la interpretación que del mismo exige tanto la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, como el acervo jurisprudencial emanado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto.

En efecto, tras sostener, la demandante, su cualidad de consumidora por razón del tipo de contrato y su intervención en él, manifestó dicha parte que el Pacto Tercero Bis de tal negocio jurídico, por el cuál se fijaba como índice para la determinación del tipo de interés en el periodo variable el llamado IRPH de las Cajas, dada su consideración de condición general predispuesta, había incurrido en vicio derivado de su falta de transparencia, dado su carácter manipulable por parte de la corporación que reúne a las Cajas que lo configuran.

Además, atendido que dicho índice, a decir de la parte demandante, ha desaparecido del tráfico comercial, la misma reputó igualmente abusivo el pacto subsidiario, que califica "de cierre" y que conllevó la mutación del contrato pactado a uno de tipo fijo.

Todo lo expuesto constituyó la base de la pretensión principal y sus subsidiarias que ya se han reseñado.

Por otro lado y conjuntamente con ello, la parte actora solicitó la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo referido por causa de cualquier incumplimiento del deudor, que consideró causante de un desequilibrio sancionado por la Ley ya referida y por la jurisprudencia que la interpreta; así como de la cláusula relativa a los intereses de demora.

En su contestación a todo ello, la parte demandada se opuso a todo lo pretendido al considerar que las cláusulas son plenamente ajustadas a Derecho.

**SEGUNDO.- De la aplicación a la demandante del Derecho de consumo y el acervo jurisprudencial que lo conforma.**

Es hecho que la parte demandada no ha negado en modo alguno que la demandante actuó en la celebración del contrato objeto del pleito, como consumidora pues obró al margen de su eventual actividad profesional o empresarial.

No expresa el contrato en su clausulado la finalidad a que había de destinarse la cantidad prestada. Si bien, tanto la cifra que ésta alcanza como el periodo de amortización convenido y la forma de pago del mismo sugieren ya el carácter extraprofesional del mismo, que es tácitamente aceptado por la parte demandada, desde el punto y hora en que combate los fundamentos de su adversa, no sobre la base de la inaplicabilidad de la legislación tuitiva que regula la intervención de consumidores en este tipo de contratos, sino, precisamente, de la conformidad de las cláusulas pactadas con dicha legislación.

Por tanto, sentado el carácter de consumidora de la Sra. Fontseca Burgueño, la resolución de este asunto requiere de la aplicación, conforme a la jurisprudencia vigente, de la vieja Ley 26/1984 de 16 de julio de Defensa de los Consumidores y Usuarios, derogada por el Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, pero aplicable, por virtud de Derecho transitorio, a los negocios jurídicos que precedieron a tal derogación.

Además, la interpretación de esa norma exige, por imperativo del principio de primacía e interpretación conforme consagrado en el acervo comunitario, atender a lo preceptuado en la conocidísima Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva) y la línea jurisprudencial emanada del Alto Tribunal europeo, especialmente, mediante sus numerosas respuestas a cuestiones prejudiciales dirigidas al mismo por los Órganos Judiciales de la Unión -en un amplio número por Órganos españoles-.

**TERCERO.- Del concepto de cláusula abusiva y las formas de control de las mismas.**

EL art. 3 de la Directiva referida, 93/13/CEE, establece disciplina cuanto sigue en relación con las cláusulas abusivas que pudieran identificarse en los contratos con consumidores o usuarios:

*"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas."*

El siguiente precepto de la misma norma añade:

*"Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 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."*

Y su quinto artículo:

*"En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y*

comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva."

Pues bien, sentado, como ya ha quedado, que la aquí demandante actuó como consumidora, la aplicación de la Directiva referida, como base interpretativa del Derecho de Consumo español, es indudable que asiste a la misma el amplio abanico de protección que despliega el ordenamiento jurídico en aras a garantizar la transparencia de aquellas cláusulas predispuestas y no individualmente negociadas a las que se hubieran adherido dichos demandantes -como son, según se verá, las que han resultado impugnadas-. El Tribunal Supremo, en sentencia del Pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016, con cita de la sentencia 227/2015, de 30 de abril, afirmó, al respecto:

*"En nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente»*

No hay duda tampoco de que las cláusulas aquí impugnadas -relativas al interés variable y sus subsidiarios y a la previsión de vencimiento anticipado por impago de cualquiera de los plazos pactados y de intereses de demora- son condiciones generales de contratación, tal y como las define la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre tales condiciones, que, en su primer artículo -relativo al ámbito objetivo de aplicación de la norma- dispone que:

*"Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de 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".*

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, luego reiterada en muchos de sus puntos, ha interpretado este precepto, afirmando que los presupuestos que permiten calificar de condición general una cláusula cualquier son:

*"a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.*

*b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

*c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

*d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse".*

Asimismo, el Tribunal reconoce sin ambages que una condición general de las aquí definidas bien puede tener por objeto el que lo sea principal del contrato "y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este" (apartado 142). Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato.

Siendo que, además, la jurisprudencia, de forma insistente e inconcusa, ha venido reiterando que la carga de probar la negociación individual que excluye la condición contractual de sus subsunción en ese precepto corresponde al empresario predisponente y no al consumidor, privado, como está, por su debilidad y por la propia naturaleza de los hechos, de la prueba de tal intervención en la configuración del pacto. Así, es obvio que, mientras la entidad -en este caso financiera- dispone de sobrados medios para constatar la negociación en cuestión, como puede ser la documental en que se formulen las respectivas ofertas y contraofertas, sin embargo se ofrece como harto difícil que el mero consumidor -en este caso, bancario o financiero- pueda acceder a la evidencia de lo que no se ha producido -por lo que hacerle soportar las consecuencias de insuficiente acreditación de tal hecho atentaría contra la interdicción de la

exigencia de *probatio diabolica*.

Lo confirma, precisamente, la sentencia del TS referida, cuyo apartado 165 contiene las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

*“a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.*

*b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

*c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.*

*d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.*

No consta, ciertamente, prueba alguna de que la hoy actora tuviera ocasión de negociar individualmente las cláusulas que impugnó que, por el contrario, se presentan como típicas estipulaciones bancarias en alguna de las variantes que, como es notorio, suelen emplearse en el tráfico bancario. Son pues, con toda obviedad, cláusulas contractuales de naturaleza predispuesta e impuesta, pues de haber podido optar el consumidor por su no incorporación, esta circunstancia debió ser acreditada por su hoy adversa.

Por tanto, a partir de estas premisas esta juzgadora debe desplegar sus plenas competencias de control sobre los pactos que son objeto de impugnación, empleando para ello las normas que vigian en la época de celebración del contrato -la referida Ley 7/1998, de 13 de julio, y la Ley 26/1984, de 19 de julio, también aludida- según la interpretación elaborada por la amplia jurisprudencia que, al respecto, ha emanado de los Altos Tribunales español y europeo.

Ahora bien, el análisis de estos medios de control a disposición del juzgador, cuyo empleo se impone al mismo, se realizará, de forma más comprensible, al decidir sobre la abusividad o no de cada una de las cláusulas impugnadas.

#### **CUARTO.- De la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, cláusula Sexta bis del contrato.**

Ha lugar, pues, a analizar la posible abusividad de la estipulación Sexta bis del contrato, referida al vencimiento anticipado del contrato por razón de impago por la prestataria de uno de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización de las acordadas a su término.

En efecto, la cláusula referida, contenida en el contrato y que permite al acreedor privar eventualmente al deudor del beneficio del plazo, es del siguiente tenor:

*“La Caixa podrá dar por vencido el crédito aunque no hubiere transcurrido el total plazo del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, en caso de falta de pago de alguno de los vencimientos de capital, intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias del presente contrato”.*

Pues bien, para determinar si la cláusula de vencimiento anticipado en cuestión es o no abusiva, en el sentido expresado por la Ley de Protección de los consumidores, ya mencionada, y con el acervo normativo europeo, es preciso analizar la misma a la luz, no solo de tales normas, sino también de la jurisprudencia que en aplicación de las mismas se ha ido formando, que contiene una muy extensa y casuística interpretación del concepto de abusividad.

Debe tenerse en cuenta que el art. 10 de la mencionada Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, en su apartado 1.c.3, define las cláusulas abusivas como aquellas 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 referidas cláusulas son tenidas por la norma como contrarias a la buena fe -apartado c-, declaradas nulas y tenidas por no puestas -10.4 de la misma norma-. Además, este mismo artículo declara igualmente nulas las cláusulas de que no sean predicables los atributos de "claridad, concreción, sencillez [...]" -apartados 1.a y 4-. Estos preceptos de la Ley, debe, además, ser interpretado a la luz de la mencionada Directiva europea de 1993.

Así, atendidos los anteriores criterios legales, no puede dejar de aludirse a las más significativos pronunciamientos que, en relación a la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, emanan de la jurisprudencia española.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencias tales como las de fecha 4 julio y 12 de diciembre de 2009, recogiendo doctrina ya expresada por él, ha venido a reconocer la validez, como norma general y al amparo del art. 1255 del CC, de aquellas cláusulas que estipulen el vencimiento anticipado de los contratos cuando se produce una "verdadera y manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, como puede ser incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo", si bien, en la última sentencia invocada, el Alto Tribunal excluye de la consideración de tal incumplimiento esencial aquel que afecte a "obligaciones accesorias" o que pueda considerarse un "cumplimiento irrelevante". Esta jurisprudencia ha sido reiterada por multitud de resoluciones posteriores y hasta la fecha.

Así, expuesto todo lo anterior, no puede sino concluirse que la cláusula que funda el vencimiento de la relación en cuestión incurre en incumplimiento de las exigencias de los arts. referidos de los mencionados de la Ley de protección de los consumidores, lo que ha de acarrear su nulidad.

Puede apreciarse, mediante la lectura del contrato en cuestión, que ésta extiende la facultad de vencimiento anticipado del crédito al incumplimiento de pago de una sola cuota de amortización -pues por tal ha de tenerse la expresión "cualquier"-, sin requerir intimación de la acreedora. Ello supone la previsión de una sanción de exacerbadas consecuencias para cualquier desatención de sus deberes por parte de la prestataria, si quiera sean ocasionales. En un contrato de duración como la fijada, la previsión de anticipación del vencimiento por impago de una sola cuota es manifiestamente desproporcionada y lo es en perjuicio del consumidor, quien se haya protegido por las normas antes mencionadas. La cláusula enjuiciada, pues, contribuye poderosamente al desequilibrio que dichas normas tratan de atenuar y fuerza que sobre el consumidor penda el permanente temor a verse obligado a soportar el pago de la totalidad de lo aplazado.

Ello es así aun cuando la redacción dada al art. 693.2 de la LEC por la Ley 1/2013 de 14 de marzo aun no se hallara en vigor al momento de la contratación con garantía hipotecaria, puesto que, como ya se ha dicho, la abusividad de la misma deriva de la propia legislación de protección de los consumidores y, en concreto, del marcado desequilibrio que origina entre el consumidor y el empresario y la desproporción de la consecuencia jurídica anudada a cualquier incumplimiento, por más que sea de una sola cuota. El incumplimiento previsto, en efecto, en la cláusula en cuestión -al margen de su aplicación específica, como se verá- no puede reputarse relevante, a los efectos de la reiterada doctrina jurisprudencial sobre esta cláusula, lo que conduce sin duda al corolario anterior.

Así lo ha sostenido, entre otras muchas, la sentencia de la AP de Barcelona de 28 de julio de 2016:

*"Por lo que se refiere a la cláusula de vencimiento anticipado por " incumplimiento de alguno de los plazos estipulados ", su carácter abusivo resulta de la vulneración de la reiterada jurisprudencia que circunscribe la facultad resolutoria a los supuestos de incumplimiento de una obligación de especial relevancia o gravedad, por lo que no es de recibo que un incumplimiento de cualquier clase se eleve a legítimo motivo de vencimiento anticipado.*

*Su carácter genérico, la forma amplia en que es redactada e impuesta tal cláusula, sin la consiguiente concreción de los supuestos que comprende, genera la imposibilidad vedada para el prestatario consumidor de tomar auténtica conciencia del motivo de resolución suscrito. Vulnera pues el artículo 80.1 a) del TRLGCU, que exige que las cláusulas contractuales estén redactadas con " concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa ", en el mismo*

sentido el artículo 7 a) de la LCGC.

*En este supuesto, no se atempera el juego de la cláusula de vencimiento anticipado a un incumplimiento grave, sino a un solo plazo de amortización de capital y/o de los intereses, tal y como fue predispuesta e impuesta por la entidad ejecutante, es abusiva por vulnerar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y el RDL 1/2007.*

*Y, en base a dicha cláusula, y tratándose de una hipoteca concedida a cuarenta años, se ha producido el cierre de la cuenta por el impago de diez mensualidades”.*

En este mismo sentido se han pronunciado posteriores sentencias, como la sentencia de 23 de diciembre de 2015 del TS y el muy reciente auto de la AP de Almería, de 14 de febrero de 2017, que se alude por la especial claridad expositiva de sus planteamientos.

No hay duda, pues, de la abusividad de la cláusula en cuestión. Y, siendo ello así, es preciso analizar y deducir las consecuencias que de ello se derivan.

El artículo 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios aplicable al caso, en su apartado 4º, declara nulas las cláusulas abusivas incluidas en los contratos de su ámbito de aplicación y manda tenerlas por no puestas. Idéntica sanción, además, a la consagrada en el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya aludida.

Los efectos que a que tal nulidad conduce, además, han sido reiteradamente determinados por la jurisprudencia que, siguiendo las enseñanzas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sostenidos que el juez nacional está obligado “a dejar sin aplicación la cláusula contractual declarada abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma, de forma que el contrato subsiste sin otra modificación que la que resulte de suprimir las cláusulas del mismo que sean abusivas, en la medida en que conforme al derecho nacional la persistencia del contrato sea posible”, como resume la sentencia de 8 de febrero de 2017 de la AP de Madrid, con alusión a la importantísima sentencia de 22 de abril de 2015 del Tribunal Supremo, que elocuentemente se expresa así:

*“El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores », al considerar que 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 dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar 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 fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que « el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.*

Los Tribunales, en esta línea, han cerrado la puerta a cualquier integración de la cláusula anulada, salvo en aquellos casos en que la supresión definitiva de la misma ocasiona un perjuicio mayor al adherente consumidor, respecto de la cuál pretende adquirir un carácter tuitivo el Derecho que regula su posición. La mencionada sentencia de la AP de Madrid cita, al efecto de lo referido, del Tribunal de Exstrasburg las “sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33”.

En consecuencia, debe estimarse la pretensión deducida por cuanto se refiere a la declaración de nulidad de la cláusula Tercera de las contenidas entre las condiciones generales del préstamo

controvertido y, por ello, la misma se declara nula y se tiene por no puesta.

**QUINTO.- De la abusividad de los intereses de demora contenidos en el Pacto tercero del contrato.**

Entrando en la consideración del carácter abusivo de la cláusula referida al interés aplicable en los supuesto de impago del deudor hipotecario, resulta forzado para su resolución señalar la finalidad de dicho interés, y no es otra que la de indemnizar los perjuicios causados al acreedor por la mora, por lo que el tipo interés aplicable por el impago resultará claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Como ha señalado la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Número Tres de Barcelona de fecha 2 de mayo de 2013, 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 práctica de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar este objetivo.

El artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, califica como abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

El artículo 83 del mismo cuerpo legal, sanciona con la nulidad de pleno derecho y tener por no puestas las cláusulas abusivas.

Podemos decir que, la actual normativa entiende abusivas *“las cláusulas que impongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumple sus obligaciones”* (artículo 85.6), precisando al detalle lo que ya sancionaba la disposición adicional primera de la LGDCU de 1984 cuando en su número 17.bis in fine se refería a la abusividad por *“la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”*.

Ahora además ha de añadirse el art. 114.3 de la ley hipotecaria (añadido por el RD 1/2013) que dice que *“Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”*

Asimismo el TS en Autos de fecha 21 de Marzo de 2013 y 7 de Febrero de 2012 ha venido considerando una serie de parámetros a la hora de valorar si los intereses tienen o no carácter abusivo, con independencia de si se trata o no de la vivienda habitual del consumidor. Así tiene en cuenta,

- a) Si la operación cuenta o no con garantías, dado que ésta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tenerse en cuenta en la fijación de los intereses
- a) La relación existente entre los intereses de demora y los intereses remuneratorios. Si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de suma de dinero y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro.
- a) Se ha de tener en cuenta referencias interbancarias tales como el Euribor o el interés legal del dinero

Por tanto, para determinar el carácter abusivo del interés de demora aplicado, procede compararlo con los intereses moratorios concretados por otras normas legales, así, el interés legal del dinero quedó fijado en el 4 % para el año 2005, el 4% para el año 2006, el 5% para el año 2007, 5'50 % para el años 2008, el 4'50 % para el año 2009, y el 4 % para los años 2010, 2011, 2012 y 2013. Como consecuencia de lo anterior, los intereses de demora en operaciones comerciales nunca han superado desde su regulación el 11'50 %. Igualmente, los intereses a abonar por las aseguradoras al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en su tipo máximo - incrementado el tipo legal en un 50%- desde el



Callística Anónima S.L.  
B-85747972

año 2001 el tipo más elevado ascendió 8'25 %, y el interés penalizador por mora procesal contenido en el artículo 576 de la Lec.no ha superado el 7'50%.

Descendiendo al caso concreto, se impone al consumidor unilateralmente una cláusula en materia de intereses moratorios fijados en un tipo del 20,50%. Para analizar tal interés, se recurre a la llave general de abusividad del artículo 82 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, de sopesar que *"en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*, debiéndose estar a la casuística, y constatar el hipotético desequilibrio, *"teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato"*.

Pues bien, esos criterios generales recogidos en la legislación de consumo determinan la nulidad de los intereses moratorios pactados, pues suponen el establecimiento de una sanción desproporcionadamente alta, si tenemos en cuenta la comparación con el interés retributivo y, especialmente los parámetros valorativos reseñados en cuanto a los tipos de interés legal y de demora existentes cuando se celebró el contrato. Siendo que en el caso de autos, con arreglo a la normativa, los intereses fijados superan tres veces el interés leal del dinero.

#### **QUINTO.- De la pretensión de la parte actora en relación con el interés variable pactado y, en concreto, sobre el índice de referencia aplicable y los pactos subsidiarios.**

Como se ha dicho anteriormente, la demandante impugnó, por su abusividad la cláusula tercera bis de las cláusulas financieras del crédito hipotecario, en la parte referente a la determinación que la misma realiza del criterio de referencia para la determinación del interés remuneratorio aplicable desde el momento de inicio de la variabilidad del mismo, según lo pactado, así como de los pactos incorporados en previsión de la posible falta de publicación de dicho índice.

En efecto, sostiene la parte actora la abusividad de la cláusula por las mismas razones aducidas antes, ya que como condición general del contrato, careció de la suficiente transparencia, siendo susceptible de manipulación.

Así, afirmó la demandante que el índice en cuestión, dada la escasa cantidad de entidades calificadas como Cajas de Ahorro en la época de su aplicación, podía con facilidad ser objeto de modificación voluntaria al alza y, por ende, carecía de objetividad, lo que llevó a su efectiva desaparición. Además, siempre según la actora, se omitió la información suficiente a la prestataria sobre la efectiva evolución del índice durante los periodos previos a la firma del contrato, lo que abundó en la confusión de la misma.

Seguidamente, la actora, tras acusar la desaparición del índice referido, impugna igualmente la cláusula "de cierre", que, a su entender y al fijar como criterio único de determinación del tipo la congelación del aplicado, implica una subrepticia conversión del crédito en uno de tipo fijo.

Pues bien, antes de entrar a resolver sobre la pretensión deducida y sus subsidiarias, es preciso aclarar, siquiera sea a través de un conciso excursus, la naturaleza del índice de referencia impugnado.

#### **-Del índice de referencia IRPH, seleccionado de forma preferente para la determinación del tipo de interés en su fase variable.**

Fue por mandato de la Orden ministerial de 5 mayo de 1994, que el Banco de España, mediante Circular 5/1994, de 22 de julio, ofreció un elenco de cada índice oficialmente reconocido para la determinación del tipo de interés variable en operaciones de préstamo hipotecario. En efecto, la Orden Ministerial referida, en su disposición adicional segunda, disponía:

*"El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos su valores regularmente"*.

Entre los índices que, por ello, resultaron reconocidos por el regulador mediante la Circular dicha se incluyó, en tercera posición, precisamente el que aquí se discute, conocido como IRPH Cajas, definido

en el Anexo VIII de la disposición general 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 al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda”.*

Es decir, literalmente, el que se combate en este pleito.

No puede, por tanto, dudarse de la oficialidad y aprobación del índice seleccionado, suprimido, ciertamente, por la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, que, con efectos del 1 de noviembre de 2013, dispuso la desaparición de los siguientes índices:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros -el IRPH Cajas, en efecto-.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros -es decir, el TAR, que se prevé como primer índice subsidiario en el punto 2.4 de la cláusula tercera bis que hoy es objeto de este pleito-

Obviamente, esta disposición había de afectar, en lo sucesivo y dado el cese de publicación del índice, a los contratos suscritos antes de su entrada en vigor, como el que se somete a juicio de quien suscribe, de fecha 20 de marzo de 2003. Por ello, el apartado tercero de la norma dispuso:

*“En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que no exista alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.”*

Esta disposición vino a concretar el régimen transitorio de los índices referidos, tal y como ya se había previsto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario, obviamente no en vigor al perfeccionarse el contrato enjuiciado y que, tras regular los tipos de referencia, dice su exposición de motivos, “conforme a la habilitación incluida en el [...] artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito” y al fin de “adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito”, prevé, en su segunda disposición transitoria, la continuación de los tipos desaparecidos -entre otros el IRPH Cajas y el TAR- hasta la regulación de un régimen transitorio como el referido.

Por tanto, no hay duda de que el índice impugnado era, en el momento de pactarse, un tipo plenamente conforme con las previsiones legales y reglamentarias aplicables. Y, siendo así, no puede compartirse la conclusión de la parte demandante en relación con la arbitrariedad del mismo, que no se funda en criterios incontrolables ni incontrolados. Así, en efecto, lo constata la sentencia de la AP de Vizcaya de 8 de febrero de 2017, que cita otras en los siguientes términos:

*“La AP de Álava, en S. de 10.03.2016 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.

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el

*IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él".*

Y añade, posteriormente que "la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

La sentencia de la AP de Guipúzcoa de 9 de junio de 2015, que también cita la referida, rechaza el carácter manipulable de IRPH Entidades en términos muy que, entiende este juzgador, es plenamente comunicable a su equivalente de Cajas, salvo en cuanto a su actual vigencia, al afirmar que:

*"No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto a la influencia, rechazada, es plenamente comunicable a su equivalente de Cajas, salvo en cuanto a su actual vigencia, al afirmar que: Ibérica abogados, hacer los que se quiera para variar*  
*influenciable y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que, según manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el Índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras"*

Esta misma tesis es, además, acogida por otras AP, como al de Orense, en su sentencia de 10 de febrero de 2017.

En efecto, la determinación del índice de referencia para la configuración del interés variable en base a criterios de mercado, en el contexto de una sociedad capitalista en que estos -los mercados- sufren un amplio margen de aleatoriedad y son permeables a la influencia de variados estímulos de naturaleza no solo económica -valor de la moneda, demanda exterior e interior, situación del mercado de trabajo, decisiones o acontecimientos políticos, etc- no puede, sin más y al margen de toda prueba o acreditación, llevar a la conclusión de que se otorga a los predisponentes un extravagante poder de manipulación injusta de los precios, como se pretende en la demanda. Ello, además, porque la debilidad del consumidor no es tan acusada en el ámbito de las variables generales, que los adquirentes de los servicios de las Cajas, como masa de demandantes, contribuyen a formar. Máxime en un mercado regulado, sometido a controles específicos que, aunque no siempre eficaces, como se ha demostrado, no pueden sin más considerarse plenamente inoperantes.

No puede ignorarse que la protección del consumidor no equivale a la supresión del principio de libertad de pacto y autonomía contractual que rige, como principio y no solo como precepto -art. 1.255 del CC-, en nuestro sistema de Derecho de Contratos. Y, siendo ello así, la limitación legal y reglamentaria para la aplicación de índices de referencia fue plenamente satisfecha por la entidad, que adoptó uno de los que su regulador le brindaba, sujetándose, por ende, a la restricción de fondo de cuya

existencia podía tener constancia.

Más adelante se analizará la concurrencia o no de los presupuestos necesarios para determinar si la cláusula impugnada ha de superar los controles de abusividad a que, dada su naturaleza de objeto principal del contrato, ha de resultar sometida. Pero no puede aceptarse que, de suyo, la aplicación de este índice legal y reglamentariamente admitido sea abusivo por su mera existencia, pues ello sería fuertemente lesivo para la seguridad en el Derecho vigente, principio constitucional consagrado en el art. 9 de la CE.

Y no menoscaba este corolario el conjunto de respuestas ofrecidas por el Banco de España y que no por sobradamente conocidas dejaron de aportarse con la demanda. Es evidente que el comportamiento de las Cajas en la concesión de créditos de la naturaleza de los que definen la media que conforma el índice ha de influir en el resultado de tal media. Pero ello no conlleva manipulación alguna de por sí, pues, como expresan las resoluciones transcritas, la información tomada en consideración es, en cuanto al contenido y el empleo de la misma, expresamente regulada por la Institución Pública reguladora, sin que puedan las entidades, sin quebrantar la Ley penal o las que rigen la libre competencia, alterar tales datos o tergiversar su significación. Conductas maliciosas de ese tipo no se han acreditado ni se ha ofrecido un espacio de duda razonable que permita presumir su comisión o la posibilidad de ésta.

Es cierto, por otra parte, que los precios cuya media conforma el índice pueden verse influidos por cláusulas que, posteriormente, han resultado excluidos de los contratos. Pero, sin embargo, no puede compartirse que ese hecho puramente especulativo conlleve la nulidad del índice. En primer lugar por ello comportaría la exclusión de todos los índices de referencia que, como el Euribor o el Mibor, se basan en tales criterios. Y, en segundo término, porque no existe medio idóneo para analizar todos y cada uno de los contratos que llevaron a la constitución de tal precio medio, siendo que su exclusión por sí misma, cuando ni todos ellos eran idénticos, ni todos pactados con consumidores- supondría una arbitrariedad judicial inadmisibles y un acto contra la lógica.

Así lo entendió también la sentencia de la AP de Guipuzcoa de 15 de julio de 2015, que por su claridad, merece la pena traer:

*"Por último, no deja de llamar la atención que se cuestione el IRPH Cajas y se interese la aplicación del Euribor. Este se constituye por "la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación". Como se advierte, el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Igualmente, cabría predicar el carácter influenciado y manipulable del citado índice. Por tanto, si el euribor se admite como válido por tratarse de un índice oficial, y se pretende aplicar como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH Cajas".*

Procede, ahora, pues, examinar la cláusula impugnada a la luz de los criterios que, según la jurisprudencia consolidada, permiten determinar su conformidad, en el caso concreto, con el Derecho de protección de consumidores, cuyas normas principales ya han sido aludidas.

#### **SEXTO.- De la cláusula impugnada como definidora del objeto principal del contrato. Del doble control de transparencia.**

Junto con las tesis ya expuestas sobre la abusividad de la cláusula impugnada, la demandante basó sus conclusiones en la supuesta falta de información a que la entidad demandada sometió a sus clientes y, en consecuencia, en la desatención de los presupuestos de transparencia exigibles en relación a tal estipulación.

Visto que la referida cláusula no es una mera condición o característica del precio pactado, sino que viene a definirlo y configurarlo, no hay duda de que se presenta como un elemento definidor del objeto principal del contrato -aunque no esencial al tipo del mismo- como es el precio o contraprestación pactada. Por ello, siguiendo la doctrina consagrada tras la sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS, es preciso comenzar por ofrecer una breve exposición de la misma.

Así, el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de noviembre de 2015, confirmó que:

*"Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril , y 469/2015, de 8 de septiembre , la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable".*

De ese modo, el Tribunal viene a sintetizar la tesis ya contenida en la sentencia de 2013, en la que se aclaraba, en relación con las cláusulas suelo de los contratos bancarios, que frente al objeto principal del contrato en concreto -que no necesariamente elemento esencial del tipo contractual, como ocurre con el precio en los contratos de préstamo bancario- los tribunales, en su práctica de control de abusividad, no pueden entrar a valorar la proporcionalidad o adecuación de lo pactado, es decir, su justicia material -conforme a la Ley española, claro está- sino solo la transparencia de la cláusula en su sentido intrínseco -el estrictamente comprendido en el la Ley de Condiciones Generales de la Contratación- pero también extrínseco, esto es, relativo a la comprensión material de la condición en su contexto de mercado, atendido que no es presumible en el consumidor un conocimiento técnico de tal calado que le permita, sin la oportuna comparación, una comprensión prospectiva del funcionamiento de la cláusula tan avanzada como la que es propia de los profesionales que la diseñaron para el predisponente.

La sentencia de 9 de mayo de 2013, ciertamente, afirma:

*"2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.*

*201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC - "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.*

*2.2. Conclusiones.*

*202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.*

*203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC-.*

*2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.*

*209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.*

*210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite*

concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato-

### 2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

El control de transparencia exigido jurisprudencialmente y por aplicación de la consabida Directiva 93/13/CEE y los arts. 5 y 7 de la LCGC trasciende, pues, el mero análisis de la comprensibilidad formal de la cláusula, como se ha dicho, y se mantiene al margen de la investigación sobre la válida formación del consentimiento en la contratación, que es cuestión atinente a diferente instituto jurídico. No se trata aquí de estudiar si el consumidor incurrió en error o fue movido a él mediante engaño, sino de si la estipulación estudiada fue incorporada al contrato en condiciones de transparencia adecuadas para un consumidor medio, no técnico o profesional, ni analfabeto o privado de los más básicos criterios del común humano.

La sentencia del TS de 29 de abril de 2015 lo expone con mucha más claridad de cuanto pueda pretender el juzgador que suscribe:

"Este doble control consiste 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".



Como se extrae de la sentencia de la AP de Vizcaya, ya mencionada, de fecha 8 de febrero de 2017, aun cuando la cláusula pueda entenderse gramaticalmente transparente, el defecto de información suficiente que hubiera permitido al consumidor formarse una idea cierta de la implicación de la cláusula en el mercado, su relación con las tendencias de éste y, en definitiva, el agravio o ventaja comparativa que, respecto de otras condiciones, la misma le comportaba lleva a la misma a incurrir en la oscuridad sancionada por los mencionados arts. de la LCGC, a lo que el art. 4.2 de la Directiva mencionada anuda, sin duda, su calificación como abusiva. Ello porque, según dicha resolución, tal vicio produce un esencial desequilibrio *"en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados"*.

El desequilibrio, pues, cuando no ha mediado la información oportuna, no se identifica en la relación material entre prestaciones de las partes, lo que no permite nuestro Ordenamiento Jurídico ni exige el Derecho Europeo, sino que se identifica en la errática aproximación subjetiva a la misma que el contexto del contrato -su expresión o la información proporcionada- es susceptible de provocar en el consumidor medio. Y ello sin perjuicio de si el error potencial ha llegado o no a actualizarse, como ya se ha expuesto.

Tesis ésta que es plenamente conforme con la sostenida por la jurisprudencia comunitaria -emanada, en buena parte, en respuesta a cuestiones planteadas por el Órganos Judiciales españoles-. Así La sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 concluye:

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

*44.- A la luz de estas consideraciones, [...] los artículos 4, apartado 2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible."*

Descendiendo, pues, al caso de autos, es preciso determinar si la parte hoy demandada, a la que correspondía ofrecer la información precisa que tomara clara la cláusula predispuesta, atendió realmente este deber. No podía exigirse a la entidad que se hallara dispuesta a ofertar el préstamo en otras condiciones, podrá alegarse. Pero si debe reclamársele que aclarara la naturaleza de la condición impuesta y su comparativa con otras posibilidades que, sin embargo, se decidía vetar, porque solo la comparación con otras realidades existentes -y puede que más comunes- ofrece luz suficiente sobre la esencia de la propuesta contractual efectuada.

La inexistencia de datos relativos a esta información incumplió sustancialmente el lo dispuesto en el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, vigente en el momento de perfección del negocio y que regula la obligación que compete a la entidad demandada de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades o en su caso pueden afectar a su situación financiera y, con ello, se impidió al consumidor conocer el verdadero alcance económico de las obligaciones que contraía, en contravención del art. 10 de la LGDCU ya aludido.

Por tanto, la estipulación tercera bis debe considerarse abusiva en su apartado relativo al tipo aplicable durante el periodo de variabilidad del interés. Y esta abusividad -que conlleva la nulidad de la cláusula- se extiende también a lo referente al tipo sustitutivo en primer grado -que nunca pudo aplicarse por ser coetánea su desaparición con la del IRPH- por las razones, idénticas a las relativas al índice primario, que ya se han sobradamente expuesto. Pero, además, debe extenderse la conclusión referida al sustitutivo de segundo grado que, al prever la congelación del tipo vigente al momento en que la publicación de las referencias cesara, viene a solidificar la aplicación de tipo conformado, ya considerado nulo.

En efecto, la vuelta a un tipo fijo no ha de considerarse necesariamente abusiva sin cumplir con las exigencias que ya se han explicado más arriba. Pero, en el caso de autos, el vicio de nulidad se identifica -y de oficio ha de apreciarse, dado el carácter tuitivo del Derecho en que se funda- en el empleo sustitutivo y como fijo de un interés ilegamente conformado, en tanto que lo ha sido sobre la base de una referencia introducida en el contrato sin atender a los criterios de transparencia exigibles.

#### **SÉPTIMO.- De las consecuencias de la abusividad apreciada.**

La nulidad que, como ya se expuesto, es la sanción prevista en el art. 10 de la consabida LGDCU de 1988, aplicable al caso, conlleva la exclusión de la cláusula abusiva referida y, en consecuencia, que la misma sea tenida por no puesta -consecuencia prevista en el art. 6.1 de la Directiva 13/93/CEE-. Y son ya muy conocidas las sentencias del TJUE, aludidas en otras de nuestro TS, que expresamente vetan cualquier integración de la cláusula expulsada, que conllevaría el pernicioso efecto de reafirmar a los predisponentes en sus prácticas viciadas con la esperanza de que, hurtado el control a los tribunales por cualquier razón, las mismas llegaran a sus plenos efectos.

Por enésima vez, el Alto Tribunal de la Unión se ha expresado en estos términos en su sentencia de 26 de enero de 2017, en respuesta, de nuevo, a un tribunal español:

*"Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que pueda ser obligado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 28).(...)"*

Por tanto, de forma general y salvo la excepción referida por el Tribunal de Estrasburgo, la exclusión de la cláusula abusiva, no impide la continuación del contrato, siempre que ello sea jurídicamente posible, es la única solución admisible, salvo, claro está, que ello conlleve un perjuicio mayor para el consumidor protegido. No cabe, pues, salvo en ese último caso y en beneficio del consumidor, la integración del contrato mediante la arbitraria moderación de la condición que haya de tenerse por no incorporada.

En el caso de autos, ciertamente, esta expulsión de la cláusula abusiva, con ser plenamente factible y dar lugar a un negocio jurídico esencialmente válido, se ofrece como solución obligada y conllevará la gratuidad del préstamo por todo el periodo de variabilidad del interés pactado.

En efecto, tal gratuidad no está prohibida en nuestro Ordenamiento, que no prevé el precio como esencial al regular el préstamo sea civil que mercantil -arts. 1755 del CC y 315 del C.Com-, como ya refiere la propia sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 en su párrafo 188. Y, aunque es cierto que la gratuidad quiebra la finalidad pretendida por el predisponente, que, obviamente y en cuanto entidad financiera, aspira, mediante el préstamo que concede a obtener un lucro legítimo, también lo es que este indeseable resultado es el fruto necesario e inevitable -conforme a la jurisprudencia referida- de su propio e ilícito actuar al haber incorporado indebidamente una cláusula que, por su abusividad, debe ser excluida del negocio.

De hecho, la propia doctrina de la no integración de las cláusulas abusivas impide acudir al régimen transitorio legal previsto para el caso de desaparición del IRPH y TAR en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, a que ya se ha hecho cumplida alusión, puesto que la misma viene a remediar la situación de contratos en los que, válidamente empleados tales índices de referencia, fuera necesaria su sustitución, una vez que los mismos no se publican, para la continuación en el cálculo de un precio legítimamente pactado.

Sin embargo, la exclusión, en este caso, de la estipulación que contiene tales referencias implica la ficción de que la misma jamás se plasmó, pues se hizo ilícitamente. Mal puede, por ello, entenderse aplicable una norma sustitoria prevista para el caso de que obrara en el contrato una legal referencia a tales índices que, en este caso, no ha de considerarse existente.

Debe, por tanto, continuar la vigencia del contrato con exclusión de la cláusula referida y en los términos expresados, reputándose el contrato gratuito. Además, reputándose la cláusula tercera bis como nula y teniéndola por no puesta, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1303 del CC y siguiendo el criterio sentado por el TJUE en su reciente sentencia de 21 de diciembre de 2017, al hilo de cuestión intimamente ligada a la presente por vínculo de analogía, procede imponer a la parte demandada la restitución de los intereses cobrados por aplicación de dicha cláusula desde el inicio del período de variabilidad del interés, junto con los intereses legales de dicha cifra desde la fecha de cada uno de los devengos, respecto de la cantidad en cada momento cobrada y hasta el completo pago, conforme al art. 1101 y 1108 del CC, siendo que, desde la fecha de esta sentencia, dichos intereses se verán incrementados en dos puntos, conforme al art. 576 de la LEC.

Nótese que la cifra a devolver, aun cuando no se halla especificada materialmente, es plenamente determinable mediante la mera operación aritmética que el propio contrato prevé, dado que se habrá de tomar por referencia el tipo variable ilegítimo y, aplicándolo conforme a los criterios contractuales, restituir lo cobrado a la demandante, tal y como se pactó la obligación excluida en dicho contrato. Por ello, la pretensión y la correspondiente condena es conforme con el art. 219 de la LEC.

#### **OCTAVO.- De las costas.**

Procediendo la estimación de la demanda, de conformidad con el art. 394 de la LEC, se habrá de imponer las costas a la parte demandada.

Por todo lo cual,

#### **FALLO**

Estimando la demanda formulada por el Procurador Sra. t en nombre de DONA  
debo:

1.- Declaro nulo el epígrafe primero de la cláusula SEXTA BIS de las condiciones generales del contrato suscrito entre las partes en fecha 30 de Diciembre de 2004, relativa al vencimiento anticipado del préstamo que se tendrá por no puesta en el contrato.

2.- Declaro nula y por tanto sin efecto alguno, la cláusula SEXTA de las condiciones del contrato suscrito entre las partes relativa a los intereses de demora dado su carácter abusivo.

3.- Declaro nulos los epígrafes A) B) Y C) de la cláusula TERCERA BIS de las condiciones generales del contrato suscrito entre las partes en fecha 30 de Diciembre de 2004 relativas al criterio de referencia para la determinación del interés variable, de modo que dicho contrato regirá sin interés y de forma gratuita.

4.- Condeno a la demandada a restituir a la actora la cantidad resultante de los intereses cobrados por aplicación de dicha cláusula desde el inicio del período de variabilidad del interés, junto con los intereses legales de dicha cifra desde la fecha de cada uno de los devengos, respecto de la cantidad en cada momento cobrada y hasta el completo pago, siendo que, desde la fecha de esta sentencia, dichos intereses se verán incrementados en dos puntos.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso a presentar, para su resolución por la Audiencia Provincial de Barcelona, en el plazo de veinte días desde su notificación, ante este mismo Juzgado.

Así lo dispongo, mando y firmo, DOÑA ANA MARÍA FERNÁNDEZ MORENO, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número siete de Arenys de Mar.



Administració de Justícia a Catalunya - Administración de Justicia en Cataluña

