



Fec. Recepción: 14/06/2017 [09:20:54]
 Notificado el: 15/06/2017
 Asunto: ASU/015319
 Letrado Direc.: Moreno De Lamo, Susana
 Cliente: XXXXXXXXXX
 Tribunal: Juzgado Primera Instancia 22 Barcelona
 Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Autos: 547/16 4

Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 7 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549422
 FAX: 935549522
 EMAIL: instancia22.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168105265

Procedimiento ordinario 547/2016 -4
 Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:
 Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona
 Para ingresos en caja. Concepto: N° Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
 Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
 Concepto: N° Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)
 Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: N° Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: XXXXXXXXXX	Parte demandada/ejecutada: Banco Sabadell, S.A.
Procurador/a: Fernando Bertran Santamaria	Procurador/a: Marta Pradera Rivero
Abogado/a: Susana Moreno De Lamo	Abogado/a:

SENTENCIA N° 119/2017

En Barcelona, a siete de junio de dos mil diecisiete.

La Ilma. Sra. Doña Gemma Vives Martínez, Magistrada Juez del Juzgado de 1ª Instancia n. 22 de Barcelona, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario 547/16-4º instados por el Procurador de los Tribunales Sr. Bertrán en nombre y representación de Don XXXXXXXXXX asistido por la Letrada Sra. Moreno contra BANCO SABADELL SA representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pradera y asistido por el Letrado Sr. Alonso sobre nulidad de cláusula IRPH en contrato de préstamo hipotecario y reclamación de cantidad y ha dictado la presente resolución Con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la actora interpuso demanda de procedimiento declarativo ordinario en fecha 26.5.16 contra la demandada alegando lo siguiente: a) que en fecha 19.4.04 el Sr. XXXXXXXXXX contrató con CAIXA PENEDÉS (actualmente BANCO SABADELL SA) un préstamo hipotecario por importe de 130.000 euros en cuyo pacto 3º titulado "intereses ordinarios" determina el tipo de interés aplicable en una 1ª fase del 3,75% y para la 2ª fase según lo siguiente: el tipo de interés aplicable en la 2ª fase para cada uno de los periodos sucesivos de interés fijo de un año de duración se determinará conforme al sistema siguiente: el tipo de interés nominal anual se revisará en cada periodo de interés para lo cual se tomará como tipo de referencia el índice de préstamos hipotecarios IRPH definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, al mismo plazo o superior a tres años, para la





adquisición de vivienda libre, que el conjunto de cajas de ahorros hayan iniciado o renovado a lo largo del mes al que se refieran los índices. Índice sustitutivo: si el IRPH dejara de publicarse, para calcular el tipo de interés nominal anual de las anualidades sucesivas, se aplicará con carácter sustitutivo transitorio el tipo publicado por el Banco de España en el BOE con el nombre de Indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorro de tipos activos...si el tipo sustitutivo no se publicase, se aplicará a cada uno de los períodos de interés siguientes el tipo vigente en aquellos momentos, el cual se mantendrá fijo hasta que, de acuerdo con lo que se haya pactado, sea factible su variación...Margen a adicionar al índice de referencia: el tipo publicado de índice de referencia aplicable más CERO COMA VEINTICINCO puntos porcentuales será el tipo de interés nominal aplicable al préstamo", b) el pacto 3º bis impone la cancelación anticipada en caso de que el prestatario no esté conforme con la revisión y en caso de no hacerlo, se considerará vencido anticipadamente y se reclamará judicialmente el capital, interés y resto de responsabilidades accesorias, c) el pacto 4º apartado 4.6 impone una comisión de recuperación de 12'02 euros por cada recibo impagado, d) el pacto 6º impone un interés de demora del tipo que resulte de incrementar en 5 puntos el que se haya pactado como nominal de la operación cuando se hayan dejado de pagar las cuotas, e) el pacto 6º bis impone el vencimiento anticipado si se deja de pagar cualquier cuota de pago de intereses o de amortización de capital y también cuando por cualquier razón disminuya la cuarta parte o más del valor de la garantía, si esta disminución, en relación a la tasación pericial practicada que consta en la escritura, resulta de una nueva tasación practicada de acuerdo con la normativa del Mercado Hipotecario...asimismo si el prestatario fuera declarado en concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra o si cualquier letra de cambio se devuelve en su contra o se incoa contra él cualquier procedimiento judicial o extrajudicial que pudiera producir el embargo de sus bienes o cualquier hecho haga prever que la situación económica del prestatario variará, f) el cliente está protegido por la normativa de consumo y el juez debe controlar incluso de oficio la abusividad de dichas cláusulas. Se trata de condiciones generales de la contratación, impuestas y predispuestas. En cuanto al IRPH, la demanda alega que no se usa ningún coeficiente corrector que evite la distorsión y además incluye las comisiones y demás gastos que el cliente se haya visto obligado a pagar a la entidad. No ha habido negociación y es abusivo porque produce desequilibrio entre derechos y obligaciones del contrato y sus consecuencias implican la restitución de cantidades abonadas en aplicación de dicha cláusula que debe expulsarse del contrato, g) asimismo debe declararse la nulidad del índice de referencia sustitutivo en caso de no poderse aplicar el IRPH Cajas que fue prohibido tras la Orden EHA/2899/2011 y como máximo eran aplicables hasta el 29.7.12, h) la cláusula de cancelación anticipada del préstamo es nula porque la resolución del contrato queda a discreción de la entidad, i) la cláusula de comisiones por reclamación de posiciones deudoras es nula porque no responde a servicios solicitados en firme ni aceptados expresamente por el deudor, j) son nulos los intereses de demora por entrañar una sanción desproporcionadamente alta y superar en más de dos puntos el interés ordinario, siendo el máximo el 12%, teniendo en cuenta que existe una garantía hipotecaria. Añade que es nula la cláusula de vencimiento anticipado porque la STJUE de 14.3.13 concluyó que corresponde al juez nacional si ello depende de que el deudor haya incumplido una obligación esencial y si el incumplimiento tiene carácter grave según la duración y cuantía del préstamo.

Deben restituirse los intereses abonados por tratarse de una condición general de la contratación (control de incorporación y de comprensibilidad real): a tenor del artículo 1.303 CC se deben restituir todos los pagados indebidamente.

Tras alegar los fundamentos que estimó aplicables interesa que se dicte sentencia estimando la demanda y declarando lo siguiente: 1) la nulidad de la cláusula tercera bis "interés variable, "cancelación anticipada a iniciativa de la parte deudora y vencimiento anticipado", de la cláusula 4ª en su apartado 6º "comisión por reclamación de posiciones





deudoras", la cláusula 6º "interés de demora", la cláusula 6ª bis "resolución anticipada" y 2) que se mantenga el préstamo tras la expulsión de dichas cláusulas y de forma acumulativa y tras declararse la nulidad del pacto 3º bis en su totalidad se condene a la demandada a la restitución de las sumas cobradas en concepto de intereses ordinarios y a la restitución de las cantidades liquidadas en virtud de los pactos 4º apartado 4.6 y 6º y al pago de las costas procesales.

Posteriormente la actora presenta escrito de alegaciones complementarias reiterando la petición de nulidad respecto de las cláusulas indicadas en el Suplico pero omitiendo cualquier mención efectuada en el mismo respecto de los efectos de la nulidad o reintegración como consecuencia de la nulidad y ello con el fin de que no haya confusión sobre la cuantía del procedimiento y que los efectos queden bajo la facultad de determinación del juzgador de instancia. De tal modo se suprime la petición del apartado 2.2 del suplico relativa a la restitución de cantidades y se fija la cuantía como indeterminada.

La demanda fue admitida mediante decreto de 7.7.16 y se da traslado a la demandada.

SEGUNDO.- En fecha 12.9.16 comparece la demandada BANCO SABADELL SA y oponiéndose a la demanda, alega que el IRPH es legal y no es una condición general de la contratación, hallándose refrendada por el Gobierno. Además fue informada antes de firmar el préstamo y que en el 2008 fue inferior al Euribor, no siendo manipulable porque es el propio mercado el que determina el índice. Puesto que el actor nunca se ha quejado, queda confirmado el contrato por los actos propios.

En cuanto al interés moratorio, tampoco es nulo.

Lo mismo sostiene respecto de las comisiones porque responden a servicios efectivamente prestados.

Tras invocar los Fundamentos de derecho que creyó aplicables, interesa la desestimación total de la demanda con imposición de las costas a la actora.

TERCERO.- Tras admitirse la contestación a la demanda se convoca a las partes a la audiencia previa celebrada en fecha 24 de mayo de 2017.

Iniciado el acto, la entidad bancaria no comparece.

Se procede a fijar los hechos controvertidos:

- 1.- petición de nulidad de las cláusulas de IRPH así como el índice sustitutivo, intereses moratorios, comisiones, cancelación o resolución anticipada y vencimiento anticipado de la escritura.
- 2.- efectos de la nulidad (1.303 CC).

En cuanto a la prueba, se propone la documental y testifical por la actora. Se señala la fecha de juicio para el día 8 de marzo de 2017 a las 10.00 horas debido a la absoluta sobrecarga de la agenda de señalamientos.

En fecha 6 de junio de 2017 la actora presenta escrito renunciando a la prueba testifical.

Se considera que se trata de un supuesto del 429.8º LEC, quedan los autos conclusos para sentencia sin que sea necesaria la celebración de juicio.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

La audiencia previa se ha grabado en soporte audiovisual.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del pleito y hechos probados.

Se declara probado que,

1.- En fecha 19.4.04 el Sr. [REDACTED] contrató con CAIXA PENEDÉS (actualmente BANCO SABADELL SA) un préstamo hipotecario por importe de 130.000 euros en cuyo pacto 3º titulado "intereses ordinarios" determina el tipo de interés aplicable en una 1ª fase del 3,75% y para la 2ª fase según lo siguiente: el tipo de interés aplicable en la 2ª fase para cada uno de los períodos sucesivos de interés fijo de un año de duración se determinará conforme al sistema siguiente: el tipo de interés nominal anual se revisará en cada período de interés para lo cual se tomará como tipo de referencia el índice de préstamos hipotecarios IRPH definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, al mismo plazo o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, que el conjunto de cajas de ahorros hayan iniciado o renovado a lo largo del mes al que se referan los índices. Índice sustitutivo: si el IRPH dejara de publicarse, para calcular el tipo de interés nominal anual de las anualidades sucesivas, se aplicará con carácter sustitutivo transitorio el tipo publicado por el Banco de España en el BOE con el nombre de Indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorro de tipos activos...si el tipo sustitutivo no se publicase, se aplicará a cada uno de los períodos de interés siguientes el tipo vigente en aquellos momentos, el cual se mantendrá fijo hasta que, de acuerdo con lo que se haya pactado, sea factible su variación...Margen a adicionar al índice de referencia: el tipo publicado de índice de referencia aplicable más CERO COMA VEINTICINCO puntos porcentuales será el tipo de interés nominal aplicable al préstamo".

2.- La cláusula 3ª bis impone la cancelación anticipada en caso de que el prestatario no esté conforme con la revisión y en caso de no hacerlo, se considerará vencido anticipadamente y se reclamará judicialmente el capital, interés y resto de responsabilidades accesorias.

3.- La cláusula 4ª apartada 4.6 impone una comisión de recuperación de 12'02 euros por cada recibo impagado.

4.- La cláusula 6ª impone un interés de demora del tipo que resulte de incrementar en 5 puntos el que se haya pactado como nominal de la operación cuando se hayan dejado de pagar las cuotas.

5.- La cláusula 6ª bis impone el vencimiento anticipado si se deja de pagar cualquier cuota de pago de intereses o de amortización de capital y también cuando por cualquier razón disminuya la cuarta parte o más del valor de la garantía, si esta disminución, en relación a la tasación pericial practicada que consta en la escritura, resulta de una nueva tasación practicada de acuerdo con la normativa del Mercado Hipotecario...asimismo si el prestatario fuera declarado en concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra o si cualquier letra de cambio se devuelve en su contra o se incoa contra él cualquier procedimiento judicial o extrajudicial que pudiera producir el embargo de sus bienes o cualquier hecho haga prever que la situación económica del prestatario variará.

La actora interesa con carácter principal la nulidad por abusividad de las anteriores cláusulas dejando al arbitrio de la juzgadora las consecuencias del artículo 1.303 CC y afirma que concurren motivos adicionales como la ausencia de información previa y de negociación individual en contra del art. 7 LCGC. Invoca el perfil consumidor de su cliente.





La demandada BANCO SABADELL SA niega la abusividad, considera que hubo negociación y de modo estándar afirma la legalidad de las cláusulas, aun cuando rebate parte de ellas como el índice IRPH, los intereses de demora y las comisiones, sin entrar en el vencimiento anticipado.

En el acto de la audiencia previa la defensa de la demandada no compareció de modo que se fijaron los hechos controvertidos según escrito de demanda y de contestación, sin que BANCO SABADELL SA propusiera prueba alguna.

Segundo.- Introducción a la abusividad de las cláusulas de contratos celebrados con consumidores. Carácter de consumidores de los clientes demandantes. Condiciones generales de la contratación. El doble control de transparencia. Nulidad del índice IRPH y del índice sustitutivo. Análisis del resto de cláusulas abusivas.

Previo.- En aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencias dictadas, entre otras, el 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 23 octubre 2006 y 14 junio 2012 ha declarado la apreciabilidad de oficio del carácter abusivo y, por ende, de la nulidad de las cláusulas abusivas o negociadas individualmente en los contratos de consumo. En particular, en la sentencia de 14 junio 2012 se declara que el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 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, prácticamente coincidente en su redacción con el artículo 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable atendiendo a la fecha de formalización del préstamo, atribuye al juez nacional, cuando éste declare 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, es contrario al artículo 6.1 de la Directiva.

La aplicación de la normativa de protección frente a cláusulas abusivas está vinculada a la condición de consumidor del adherente. Y es que el legislador nacional al trasponer la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 15 de Abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores dictó la Ley 7/1988 de 13 de Abril sobre Condiciones generales de la Contratación, a la vez que estableció unas disposiciones específicas sobre cláusulas abusivas para proteger a los consumidores mediante la modificación de la Ley 26/ 1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Así, en nuestro ordenamiento se distingue entre condiciones generales y cláusulas abusivas como advierte la Exposición de Motivos de La ley 7/1988 de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La condición general es una cláusula predispuesta que se incorpora al contrato sin haber sido negociada y la cláusula abusiva es aquella que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general pues los contratos particulares también pueden contener cláusulas abusivas, no negociadas individualmente.

No ha discutido la demandada el perfil y carácter de consumidor del cliente, al que es aplicable de pleno la normativa de Consumo. Véase, además, que BANCO SABADELL SA no ha aportado prueba alguna y que con la contestación a la demanda se ha limitado a la aportación de la escritura de poder ante notario y el resto se trata de una serie de alegaciones genéricas, aplicables a este caso y a cualquier otro semejante. No aparece ninguna referencia al caso concreto, al perfil del Sr. [REDACTED] o a quién negociara supuestamente el IRPH. La entidad demandada no ha hecho esfuerzo alguno y es de suponer que la misma oposición a la demanda se habrá presentado en





multitud de declarativos ordinarios sobre el mismo tema de debate. Además, no hace ni siquiera una somera referencia a la cláusula de cancelación anticipada, por ejemplo, e invoca a su favor una conclusión que dice es sostenida por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), cuando es sabido que se trata de unas Jornadas sobre cláusulas abusivas en procedimientos de ejecución hipotecaria (estamos en un declarativo ordinario, además) que se corresponden con la Formación Continuada que de modo imperativo debe facilitar dicho órgano de gobierno a la Carrera Judicial y habiendo participado quien suscribe en dichas Jornadas debo aclararle al letrado de la entidad demandada que el CGPJ nada concluyó al respecto sino que fueron los magistrados-as que participaron los que elaboraron un Dossier de conclusiones. Dice la demandada que "la solución nos la tiende el Consejo General del Poder Judicial", ignorando incluso el sistema de fuentes del Derecho establecido en el Código Civil. Pues bien, el CGPJ nada resuelve sino que es el TJUE y la primacía del Derecho Comunitario el que impone a su entidad bancaria –y a las otras- el respeto a los derechos del consumidor y ordena al juez nacional el examen de oficio de toda cláusula abusiva.

Resulta incomprensible la temeridad de la entidad bancaria, reproduciendo de modo sesgado, interesado y subjetivo las Sentencias de la Sala 1ª que parece interpretar "a su manera" para rebatir doctrina que se halla unificada por la propia Sala y por supuesto, por el TJUE. Lógicamente ello tendrá su repercusión en las costas procesales, máxime en este caso en el que ni siquiera compareció al acto de la audiencia previa haciendo perder el tiempo al cliente y al Juzgado, siendo tan viable haber llegado a un acuerdo.

Respecto de la existencia de condiciones generales de la contratación, hay que partir del concepto que viene recogido en el artículo 1 de la LCGC, 7/1998, de 13 de abril, que 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.*

La jurisprudencia ha ido perfilando este concepto, señalándose en la STS 241/2013, de 9 de mayo, que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: **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 su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; **c) Imposición:** su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, 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; y **d) generalidad:** las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).

En concreto, hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente (en este sentido SSTS 241/2013, de 9 de mayo y 222/2015, de 29 de abril).





No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Hay que concluir, en este apartado, lo siguiente:

1.- Que, 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 este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente.

2.- Que, en nuestro ordenamiento jurídico, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1255 del Código Civil, y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Una vez que se han despejado las anteriores incógnitas, debe exponerse cómo efectuar el control de las condiciones generales contratación. Este control puede realizarse desde dos perspectivas, el **control de transparencia** (control de incorporación o inclusión y control de transparencia real, a la vista de las sentencias dictadas por el T Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015), y el **control de contenido o abusividad** (artículos 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios).

3.1.- Control de transparencia: Supone el sometimiento de las condiciones generales de contratación a dos filtros:

1.- **Control de inclusión o de incorporación:** También denominado de transparencia gramatical, es un control meramente formal, que implica analizar si las cláusulas se han redactado de forma sencilla, clara, transparente, comprensible, resaltadas en negrita o subrayadas. Esto es, que se redacten de forma clara, comprensible, mediante la utilización de caracteres topográficos legibles y una redacción comprensible ex artículos 5.5 y 7b de la Ley española de Condiciones Generales de Contratación cuyo texto es el que sigue:

5.5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

7.b.) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Dicho control implica también analizar si se han cumplido los requisitos de transparencia que vienen recogidos en la normativa sectorial, administrativa o bancaria.





Además deberá analizarse el posible cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 5 y 7.1, relativos a como se han incorporado dichas condiciones generales (si se ha puesto a disposición del adherente las condiciones generales antes de la contratación); si se han cumplido los requisitos exigidos en la Orden Ministerial 5/05/1994, o la Orden EHA 2889/2011, o la Ley 1/2013, de 15 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que exige que en la escritura pública se introduzca una expresión manuscrita del consumidor de que ha sido expresamente advertido de los riesgos del contrato, entre ellos la variabilidad del interés). En el mismo sentido, hay que recordar que la Orden 2889/2011, en sus artículos 25 y siguientes, exige el cumplimiento de una serie de formalidades relativas a las condiciones que fijen intereses variables y en concreto relativas a las cláusulas suelo, respecto a las que su artículo 25 dispone:

"En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo y techo, se recogerá en un anexo a la ficha de información personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima".

Y el artículo 29 señala:

Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas.

En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés.

Artículo 30. Acto de otorgamiento.

1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables.

2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.

3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.





b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo. d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previsto para el recurso de alzada.





El hecho de que se cumplan estos requisitos de gramaticalidad, e incluso el cumplimiento de las disposiciones normativas citadas, no supone la garantía de facto de que dichas cláusulas sean transparentes. Pueden cumplir algunos o todos los requisitos, pero al analizar todos los elementos o al no superar la transparencia real, no superar este filtro.

De hecho la propia Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en su artículo 2.2 señala:

Artículo 2. Naturaleza de la presente Orden.

1. El incumplimiento por las entidades de crédito de las obligaciones establecidas en esta Orden podrá ser sancionado de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

2. Lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación.

Tampoco garantiza la superación de este doble filtro de transparencia la mera intervención del Fedatario público.

En este sentido, la SS. de 24 de marzo de 2015, señala:

2.- *La doctrina sentada en la sentencia 2541/2013, no infravalora la normativa vigente cuando se interpuso la demanda, y en concreto la Orden 5 de mayo de 1994, sino que le otorga la trascendencia adecuada, que es la de garantizar 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. Pero el cumplimiento de las prescripciones de dicha norma, no garantiza por sí sola, la necesaria transparencia de las condiciones generales de que recogen las cláusulas suelo, de modo que el consumidor y adherente pueda hacerse una idea cabal y suficiente de las importantes consecuencias económicas que puede tener la inserción de dicha cláusula*

(El tribunal Supremo no se pronuncia sobre el cumplimiento de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, ni la Ley 1/2013, de 14 de mayo, porque no estaban en vigor cuando se emplearon las condiciones cuestionadas).

3.- *Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura pública de préstamo hipotecario. Como se afirmó en la Sentencia de la Sala del Pleno, número 464/2014, de 8 de septiembre, "sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, que conforme a la caracterización del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica ese deber especial de transparencia.*

Por último la intervención del Notario, tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo, simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que





- Falta de información suficiente sobre el elemento definitorio del objeto principal.
- Creación de que la apariencia de la cláusula suelo lleva como contraprestación inescindible un techo de protección.
- Ausencia de simulación o de escenarios, en fase precontractual.
- Inexistencia de advertencias claras, previas y comprensibles del coste de otros productos.
- Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que dificultan la atención del consumidor.
- En definitiva cualquier parámetro que permita al consumidor conocer el coste real del crédito y su repercusión en la ejecución del contrato y previsible evolución de los índices de referencia.

3.- Control de abusividad - contenido.- Constituye un control de contenido objetivo, en el sentido que viene apuntado por el artículo 82 del TRLCSU, esto es el desequilibrio económico objetivo que se produce en el consumidor, por la inserción de este tipo de cláusulas.

Expuesto lo anterior, BANCO SABADELL SA argumenta que la cláusula fue negociada. Que hay transparencia. Que no cabe analizar la abusividad porque integra el precio del contrato. Que se justifica económicamente. Que es un elemento para la financiación.

Ya se ha declarado probado que la cláusula 3ª titulada "intereses ordinarios" determina el tipo de interés aplicable en una 1ª fase del 3,75% y para la 2ª fase según lo siguiente: el tipo de interés aplicable en la 2ª fase para cada uno de los períodos sucesivos de interés fijo de un año de duración se determinará conforme al sistema siguiente: el tipo de interés nominal anual se revisará en cada período de interés para lo cual se tomará como tipo de referencia el índice de préstamos hipotecarios IRPH definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, al mismo plazo o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, que el conjunto de cajas de ahorros hayan iniciado o renovado a lo largo del mes al que se refieran los índices. Índice sustitutivo: si el IRPH dejara de publicarse, para calcular el tipo de interés nominal anual de las anualidades sucesivas, se aplicará con carácter sustitutivo transitorio el tipo publicado por el Banco de España en el BOE con el nombre de Indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorro de tipos activos...si el tipo sustitutivo no se publicase, se aplicará a cada uno de los períodos de interés siguientes el tipo vigente en aquellos momentos, el cual se mantendrá fijo hasta que, de acuerdo con lo que se haya pactado, sea factible su variación...Margen a adicionar al índice de referencia: el tipo publicado de índice de referencia aplicable más CERO COMA VEINTICINCO puntos porcentuales será el tipo de interés nominal aplicable al préstamo"

Por tanto el primer Hecho probado se desprende de la escritura (documento n. 2 demanda).

En cuanto al segundo Hecho probado se constata de la falta de prueba sobre el particular, que corresponde al demandado conforme al art. 217.3 LEC y 82.2 RDL 1/2007, sin que se hayan propuesto o presentado pruebas que evidencien que se hiciera oferta vinculante, se facilitara información al respecto, simulaciones, escenarios o cualquier otro dato que justifique la negociación al respecto. Y no hubiera cubierto la testifical propuesta esa ofandad probatoria que se evidencia en la contestación a la demanda puesto que la demandada afirma sin ambages que se informó adecuadamente





del producto y que se negoció, no se precisa en modo alguno cómo y cuándo se realizó esa labor, en qué consistió esa información, sino que, sin más, se realiza esa afirmación. La demandada se limita a la aseveración de que "se informó suficientemente, es evidente que la cláusula fue negociada", lo que no aporta ninguna información ni introduce ningún hecho.

1.- ÍNDICE IRPH. ÍNDICE SUSTITUTIVO. Denuncia la demanda el carácter abusivo de dicha cláusula contenida en el pacto 3º de la escritura del documento n. 2. 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.

Para el procedimiento de cálculo del IRPH entidades de cada mes, un grupo de entidades de crédito envía cada una al Banco de España un "número promedio". Este "número promedio" no es más que la media ponderada de los préstamos nuevos o renovados de dicho banco (ponderada por el capital prestado en cada operación hipotecaria). Cada entidad tiene el mismo peso en la aportación al cálculo que hace el Banco de España, pues se trata de una media aritmética simple. Por tanto, si una entidad pequeña, con pocos clientes comete un error, la alteración del IRPH será la misma que si el error es cometido por una entidad con dos millones de clientes.

El hecho diferencial de este índice es que se considera un interés altamente manipulable porque cualquier alteración de un tipo de interés por parte de una sola entidad puede modificar el tipo de IRPH que se aplique en cada caso, ya que el número de entidades es comparativamente reducido. Después, mientras que otros índices como por ejemplo el Euribor se basa en la media ponderada del interés al que se prestan el dinero el conjunto de las entidades europeas, el IRPH se basa solo en las españolas y hace referencia al valor TAE -incluyendo todo tipo de cláusulas y gastos de formalización- del interés de las hipotecas a más de tres años.

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 de Entidades y Cajas- 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

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se ha expuesto en el Previo en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. En la medida en que se trata de datos públicos- hechos notorios ex art 208 de LEC y exentos de carga de la prueba, al igual que el interés legal del dinero- puede afirmarse que en julio de 2008, cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393%, el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 %. No obstante, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al





objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 (LA LEY 144032/2012), que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

B) En primer lugar suele decirse por las entidades financieras que la cláusula que establece el tipo de referencia no tiene naturaleza de condición general de la contratación, ni puede ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998).

La primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC (LA LEY 1490/1998) excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales: "¿reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC (LA LEY 1490/1998), los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 (LA LEY 143790/2014) insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de de 9 de mayo de 2013.

Sin embargo, BANCO SABADELL SA no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Sin que de la documentación aportada e incumbiéndole la prueba conste que el cliente-parte actora y la entidad financiera tuvieran algún tipo de negociación; oferta, contraoferta o petición del consumidor, consulta al departamento competente de la entidad, respuesta aceptando o rechazando las condiciones propuestas por el consumidor, correos electrónicos, intercambio de correspondencia en una efectiva negociación. Por tanto, al margen del análisis de la transparencia no puede cuestionarse que las concretas cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, predisuestas e





impuestas en una oferta que el cliente se limita a aceptar.

Las más que posible vulneración de los derechos de los consumidores en la negociación de las hipotecas referenciadas al IRPH se produjo también porque la información pudo ser engañosa pues el índice se ofrecía por las entidades de crédito como un precio más estable que el Euribor. Consecuentemente, el IRPH se vendía como un índice que no podía subir ni bajar tanto como el Euribor. Sin embargo, si se analiza la evolución de ambos índices de acuerdo con las publicaciones oficiales del Banco de España, se concluye que el IRPH siempre se mantuvo por encima del Euribor, con una diferencia que puede ir de uno a tres puntos. En este sentido, no se puso al alcance del consumidor información real sobre el coste de la hipoteca y la influencia que tenían las entidades a la hora de determinarla, evidenciando en este caso un claro desequilibrio entre las partes que intervenían en la contratación del producto financiero.

La falta de transparencia de las entidades al colocar hipotecas referenciadas al IRPH y la poca fiabilidad de un índice realmente fácil de manipular cuyo método de cálculo resulta extremadamente opaco indican que el IRPH debería ser considerado como cláusula abusiva dentro de los parámetros marcados por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Este hecho permitiría declarar la nulidad de la cláusula y, por tanto, el cese inmediato de su aplicación así como la devolución de todos los intereses generados por su acción desde el momento de suscripción del préstamo hipotecario.

En la actualidad, se calcula que hay aproximadamente 1,3 millones de familias atrapadas por este tipo de interés y que conforman aproximadamente el 20% de las hipotecas que se concedieron en los últimos 15 años. Según distintas fuentes que han realizado los cálculos, la diferencia entre lo pagado en una hipoteca referenciada al Euribor y una que lo hace al IRPH en un periodo de 10 años alcanzaría entre los 18.000 y 21.000 euros. Tras las sentencias por las preferentes, las cláusulas suelo, los gastos de formalización de la hipoteca y las multidivisas, los tenedores de hipotecas con IRPH quedan como los únicos clientes con conflictos bancarios cuya situación todavía no se ha resuelto. Y lo peor es que parece que la situación empeorará para los afectados pues se espera que los bancos suban el interés de las futuras hipotecas durante 2017 para hacer frente a los costes de las recientes sentencias. Este endurecimiento de las condiciones influirá al alza en el IRPH y por tanto en el interés mensual que pagan.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 C-26/13 (LA LEY 46630/2014), declara, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Pues bien, en el presente caso, analizada la documental aportada por la parte actora y sin que haya aportado nada la parte demandada, conforme al art. 217 de la LEC y lo dispuesto en el art. 218 del mismo texto legal en cuanto a la disponibilidad probatoria,





mensuales del importe de 77'75 euros cada una desde el 19 de mayo de 2004 hasta el 19 de abril de 2024.

Es decir, la literalidad permitiría dar por vencido el contrato incluso con un impago parcial (por ejemplo, de un céntimo de la primera cuota de las 120 pactadas en total). Se desprende por ello con claridad el desequilibrio injustificado que genera esta cláusula en los derechos de las partes, con independencia de que se hayan producido 1 o 3 o 20 impagos efectivos antes de que el acreedor haya acudido al VA. Así, según el art. 83 TRLGDCU, se declara abusiva y nula la cláusula de VA, que no debe vincular al consumidor y es expulsada del contrato. Por ello, debe estimarse la acción de VA basada en dicha cláusula contractual. Véase también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sección 15ª de 15 de febrero de 2015.

La STJUE de 26 de enero de 2017 (LA LEY 349/2017) no constituye sólo un ejemplo del efecto correctivo del TS, sino que se erige como una resolución de una especial magnitud procesal, pues además de contradecir, una vez más, al TS en relación a la aplicación de las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula abusiva, también pone en duda principios básicos de nuestro sistema procesal, como pueden ser la improrrogabilidad de los plazos procesales, la vigencia de los principios informadores del proceso civil y la delimitación de las consecuencias derivadas de la cosa juzgada.

Respecto de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por dos extremos. En primer lugar, por ser cambiante, al no sostener este Tribunal una postura uniforme en el tiempo, y, en segundo lugar, por una actuación ciertamente vacilante, como consecuencia de que su doctrina jurisprudencial inicial, se modifica en función de las directrices dictadas por el TJUE. De un estudio temporal de las resoluciones del Tribunal Supremo, da la sensación, de que éste pasaba de soslayo por las cláusulas de vencimiento anticipado, cuya eficacia y vinculación, respecto de las partes, ha ido perdiendo preceptividad, en base a las resoluciones del TJUE.

La discrepancia tanto en relación a los principios inspiradores como en la aplicación de las consecuencias de haber declarado a una cláusula abusiva, existente entre el TJUE y el TS, que irremediablemente se traduce en confusión para los operadores jurídicos: jueces, magistrados, abogados..., en detrimento de la seguridad jurídica del ciudadano, es la consecuencia de la presentación ante el TJUE de diferentes cuestiones prejudiciales, como la elevada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, a través del Auto de 8 de marzo de 2016 La STJUE de 26 de enero de 2017 o la elevada por la propia Sala 1ª en fecha 8 de febrero de 2017, en primer lugar, omite dar respuesta concreta a si en el proceso judicial que da origen a la formulación de la cuestión prejudicial, realmente existe una abusividad o no en la cláusula de vencimiento anticipado consignada en el contrato, manifestando el Tribunal de Justicia que *no dispone de los elementos de hecho necesarios para realizar una apreciación específica*, pero, en segundo lugar, y lejos de obviar emitir un pronunciamiento, enumera, una vez más, cuáles son los criterios genéricos, que trasladados tanto a la formulación del contrato como a su vida posterior, deben permitir al órgano judicial determinar si esa concreta cláusula es o no abusiva.

En este punto, la STJUE de 26 de enero de 2017 no es novedosa, sino reiterativa de una doctrina jurisprudencial ya consolidada a nivel europeo. En este ámbito, advierte esta resolución, que la función del Alto Tribunal europeo no es la de declarar abusiva una cláusula, sino la de conceder al Juez nacional los criterios para que tal decisión sea propia. El TJUE evita inmiscuirse en la aplicación del derecho nacional, por lo que *ha de limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que éste debe tener en cuenta para apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 14 de marzo de 2013 (LA LEY 11269/2013), Aziz, C-415/11,*





EU:C:2013:164, apartado 66 y jurisprudencia citada).

El art. 4 de la Directiva 93/13 define qué debe ser objeto de análisis para calificar como abusiva o no una cláusula, mientras que la regla tercera de la Directiva determina cuándo se produce realmente el abuso. De esta forma, el art. 4 de este texto normativo, exige al Juez nacional examinar *la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración*.

Efectuado este análisis, el órgano judicial debe comprobar de la concurrencia de dos indicadores, en primer lugar, que exista un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor, por colocarle en una situación de inferioridad, y en segundo lugar, que ese desequilibrio se realice contraviniendo las exigencias de la buena fe, *dato* que tendrá lugar cuando el Juez nacional testimonie que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste no aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

En relación a la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, advierte que el vencimiento anticipado de la totalidad del contrato sólo resultará no abusivo cuando se considere *suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, 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*. Esta interpretación no es otra cosa que la consolidación de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2013, que debería constituir referente de los legisladores patrios, por la revolución que supuso en la regulación jurídica de la legislación correspondiente a la contratación bancaria tanto a nivel sustantivo como procesal.

El TS en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 (LA LEY 204975/2015) y 18 de febrero de 2016 (LA LEY 8157/2016) hace caso omiso de las directrices del Alto Tribunal comunitario, pues si bien realiza un correcto análisis de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por considerar que su incumplimiento no era proporcional a la duración del contrato ni de tal gravedad respecto del mismo, con posterioridad efectúa erróneamente una moderación procesal de la cláusula, reintegrándola en el ámbito de la tutela judicial en contra de los intereses de los consumidores, y permitiendo seguir adelante la ejecución hipotecaria, sin proceder a su sobreseimiento, argumentando una, a nuestro entender, «falsa» protección de los consumidores. El Tribunal Supremo, en ambas resoluciones, considera que la abusividad de la cláusula no debe desplegar sus efectos de forma absoluta, sino que el Juez puede asumir una función de tutela de la cláusula, valorando si resulta más gravoso para las partes la adopción de las medidas derivadas de la nulidad, o si, por el contrario, es preciso efectuar una interpretación conjunta de los diferentes textos normativos reguladores de esta materia, motivando la atenuación de estas consecuencias, e incluso defendiendo la inaplicación de los efectos derivados de su declaración de abusiva, en base a un supuesto equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

La declaración de abusiva de una cláusula supondría el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria o la imposibilidad de su ejercicio, pero el Juez nacional puede, según el TS, sustituir una cláusula abusiva por una disposición de derecho nacional, a efectos de que no se cierre el acceso al proceso de ejecución, argumentando ventajas tanto para el acreedor como «increíblemente» para el deudor:

De forma totalmente contraria, en relación a las consecuencias de la declaración de abusiva de una cláusula, la doctrina del TJUE es clara y contundente, pudiéndose resumir en dos aspectos. Primero, la cláusula abusiva no puede vincular ni afectar al consumidor —ATJUE de 17 de marzo de 2016 (LA LEY 16195/2016)—, y, segundo, la





cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

51 No obstante, debe recordarse que, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre el consumidor y un profesional. Por otro lado, el artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva precisa que 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.

52 De lo anterior se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula.

53 Por otro lado, teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto.

54 Por consiguiente, la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) 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 (LA LEY 4573/1993)— 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."

En base a lo expuesto, la mayoría de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona, variando de criterio a la vista de la citada resolución, entienden recientemente que **procede examinar la abusividad intrínseca de la cláusula, en su carácter abstracto**, y, por tanto, al margen del ejercicio que de la misma se haga por parte de la entidad crediticia.

En la STJUE de 15 de marzo de 2013 se fijan los requisitos para la validez o no abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Dice el tribunal: "73 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, ..., 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".

Y tal y como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 4 de diciembre de 2015 "Exige el TJUE que el incumplimiento (por supuesto de obligación esencial) tenga carácter "suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo". Se mire por donde se mire, la cláusula que anuda el vencimiento





En este caso se establece un recargo por parte de la entidad demandada en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posición deudora, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la entidad BANCO SABADELL SA puede formular mediante una simple llamada telefónica o un correo electrónico o un mensaje al móvil del deudor. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para efectuar una llamada o emitir una carta o un correo electrónico que los empleados del Banco pueden realizar dentro de sus funciones, sin que dicha actuación suponga en absoluto un coste adicional en los salarios que el Banco deba abonar. Y además, la comisión por reclamación supone en efecto una sanción por ser deudor que se añade al recargo del interés de demora.

Por todo ello es claro que la cláusula impone al deudor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta a través del interés moratorio, de suyo que hay que declarar su nulidad por abusiva.

4.- INTERÉS DE DEMORA.- Se denuncia el pacto 6º que impone lo siguiente: *"si el prestatario no abonase en el momento de su vencimiento, alguna de las cuotas citadas antes de la amortización parcial del préstamo y para el pago de sus intereses remuneratorios, los cuales se considerarán capitalizados, el importe de estos meritara diariamente, desde el día siguiente al de su vencimiento hasta la liquidación total, un interés de demora a favor de CAIXA DE PENEDÉS al tipo que resulte de incrementaren CINCO PUNTOS el que se haya pactado como nominal de la operación cuando se hayan dejado de pagar las cuotas. Estas cantidades también se liquidarán de día en día. El importe de los intereses de demora se obtendrá multiplicando el importe de la cuota impagada por el tipo de interés de demora y el número de días transcurridos desde el siguiente al del vencimiento y dividiendo el producto por 36.000"*.

Hasta la Ley 1/2013 de 14 de mayo, que modifica el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, estableciendo 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.

No es controvertido que el interés moratorio era de cinco puntos añadidos al pactado como interés nominal, superando durante los años transcurridos desde el año 2004 hasta la fecha incluso al límite legal de la referida Ley 1/2013 (que entró en vigor el 15 de mayo de 2013, disposición final 4ª), por lo que conlleva una imposición al consumidor de una cláusula predispuesta desproporcionada, al colocarle en una situación de desequilibrio, lo cual justifica que se considere abusiva.

Resulta pacífico entre Juzgados de 1ª instancia, Audiencias Provinciales y la propia Sala 1ª (véase la SS. 23 de noviembre de 2015) que es imperativamente aplicable la normativa y jurisprudencia del TJUE cuando afirma que "la declaración de nulidad de la cláusula contractual de intereses moratorios supone que la misma ya no existe en el contrato de préstamo suscrito, lo que determina que queda sin efecto el pacto establecido por ellas sobre los moratorios y, a falta del mismo, entra en juego la previsión legal". Y conforme al art. 1108 CC, la indemnización de daños y perjuicios por mora, no habiendo pacto en contrario, una alternativa sería la del pago de los intereses convenidos y a falta de convenio, el interés legal, que se encuentra dentro de los límites fijados por la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013.

De todos modos, hasta dictarse las resoluciones del TS apuntadas, el debate se había generado principalmente entre dos alternativas: la inaplicación de cualquier tipo de interés (es decir, 0) o la aplicación supletoria del interés legal. Hay ya cierto consenso





en que la segunda opción no es viable: el art. 1108 CC prevé que «si el deudor incurre en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal». La posible aplicación del art. 1108 CC podría basarse en dos supuestos: considerar que es directamente aplicable, por darse su antecedente de hecho (es decir, por considerar que al haberse declarado abusivo el interés de demora, ello puede equipararse a la inexistencia de pacto o convenio) o, asumiendo que no se da el antecedente de hecho del precepto, considerar que es aplicable de modo supletorio, una vez excluida del contrato la cláusula de intereses de demora. Pero la aplicación supletoria del 1.108 CC contradice de modo flagrante la jurisprudencia del TJUE (Caso UNICAJA): solo es viable la aplicación supletoria cuando haya que aplicar una normal nacional para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor. Y resulta claro que no es el caso por cuanto el contrato puede subsistir perfectamente sin la cláusula de intereses moratorios y por ello no es viable acudir a la aplicación supletoria del 1.108 CC (interés legal).

5.- CANCELACIÓN ANTICIPADA.- La cláusula 3ª Bis comprende asimismo la posibilidad de cancelar anticipadamente el préstamo si el deudor se muestra disconforme con el nuevo tipo de interés aplicable que ha resultado de la revisión. Dicha cláusula va unida a lo antes expuesto por cuanto permite reclamar judicialmente el capital, intereses y resto de responsabilidades accesorias que acredite el Banco. Es evidente el desequilibrio producido, y debo remitirme a lo ya explicado en el apartado anterior.

En el supuesto enjuiciado, no se puede considerar que una cláusula que permite la resolución o vencimiento anticipado ante el primer incumplimiento contractual pueda ser considerada como una estipulación equitativa (y, por tanto, no abusiva). Creemos que es claramente abusiva, particularmente porque esa facultad no se pone en relación, simultáneamente, con ninguna otra exigencia contractual añadida que pueda impedir un eventual uso de esa facultad que concede el contrato a la predisponente en sus estrictos y literales términos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 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 al 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 este sentido SSTJUE de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 (LA LEY 9507/2000) y C-244/98, apartado 25; 26 de octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 (LA LEY 112437/2006) apartado 25; 4 junio 2009, Pannon GSM C-243/08 (LA LEY 91538/2009) apartado 22; 6 de octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 (LA LEY 187264/2009) apartado 29; 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 (LA LEY 55532/2010) apartado 27; 9 noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 (LA LEY 195036/2010) apartado 46; 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10 (LA LEY 18968/2012), apartado 27; 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10 (LA LEY 43161/2012), apartado 33; 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 (LA LEY 70591/2012), apartado 39; 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11 (LA LEY 5320/2013), apartado 19; 14 de marzo de 2013, Aziz VS. Caixa d'Estalvis de Catalunya C-415/11 (LA LEY 11269/2013), apartado 44; y 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11 (LA LEY 16295/2013), apartado 41).

La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. En este sentido ya el IC 2000 indicaba que "[...] la sanción prevista en el apartado 1 del artículo





6 de la Directiva «implica atribuir a las disposiciones de la Directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales". Lo que ha sido recogido por la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 23, según la cual "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".

Más aún, el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir. Así lo afirma la STJUE ya citada de 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32, según la cual "el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva", para lo que debe intervenir cuando sea preciso ya que "el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello" (SSTJUE ya citadas de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, apartado 23, 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 43, y 4 de junio de 2009, Pannon, apartado 32).

En este sentido, baste leer la sentencia de la Sala 1ª de 9 de mayo de 20143, ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno Bayón-Cobos. Señala que "El artículo 1 LCGC (LA LEY 1490/1998) no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "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".

148. La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

149. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que "se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".





A ello debe añadirse que, aunque la LCGC (LA LEY 1490/1998) no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla.

No hay prueba alguna de que el Sr. ██████ negociara, como dice la demandada, esta u otras cláusulas. Es más, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación--, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS44/2012, de 15 de febrero de 2012 (LA LEY 29289/2012), RC 93/2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Dice la Sala 1ª en la citada sentencia que *"Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida, al analizar la "imposición" de las cláusulas cuestionadas, señala que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.*

199. Partiendo de que en la vida real se cumplen estrictamente las previsiones de la norma, la sentencia recurrida afirma que "esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses [...] el cual [...] ha de expresarse de modo que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho".

En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Caso AZIZ, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que *"[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que "en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al DÉCIMO sexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".*





Consecuentemente, procede declarar la nulidad por abusivas, expulsándolas del contrato de préstamo hipotecario de 19 de abril de 2004, las cláusulas siguientes: tercera bis "interés variable y "cancelación anticipada a iniciativa de la parte deudora y vencimiento anticipado", 4ª en su apartado 6 "comisión por reclamación de posiciones deudoras", la cláusula 6º "interés de demora" y la cláusula 6ª bis "resolución anticipada". Tras declararse la nulidad del pacto 3º bis en su totalidad se condenará a la demandada a la restitución de las sumas cobradas en concepto de intereses ordinarios y a la restitución de las cantidades liquidadas en virtud de los pactos 4º apartado 4.6 y 6º desde el 19 de mayo de 2004, si entonces empezaron a cobrarse.

Tercero.- Sobre las consecuencias de la nulidad

No cabe discusión sobre este extremo.

Recién publicada la **STJUE de 21.12.16**, reproduzco a continuación lo que nos obliga a aplicar, por ende, haciendo innecesario entrar en el error del consentimiento, incluso de haberlo invocado la actora.

Dice el TJUE lo siguiente:

Tal limitación da lugar a una protección de los consumidores incompleta e insuficiente, por lo que no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de las cláusulas abusivas

En España, muchos particulares han iniciado procesos judiciales contra entidades financieras solicitando que se declarara que las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con los consumidores eran abusivas y que, en consecuencia, no vinculaban a los consumidores. Las cláusulas en cuestión prevén que, aunque el tipo de interés se sitúe por debajo de un determinado umbral (o «suelo») fijado en el contrato, el consumidor seguirá pagando unos intereses mínimos que equivalen a ese umbral y sin que le resulte aplicable un tipo inferior al mismo.

Mediante sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo consideró abusivas las cláusulas suelo, ya que los consumidores no habían sido adecuadamente informados acerca de la carga económica y jurídica que les imponían esas cláusulas. No obstante, como ejemplo, recordemos que el Tribunal Supremo decidió limitar los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de esas cláusulas, de modo que sólo produjera efectos de cara al futuro, a partir de la fecha en que se dictó la sentencia.

Consumidores afectados por la aplicación de esas cláusulas reclaman las cantidades que alegan haber pagado indebidamente a las entidades financieras a partir de la fecha de celebración de sus contratos de crédito. El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada y la Audiencia Provincial de Alicante, ante quienes se han planteado pretensiones de esa índole, preguntan al Tribunal de Justicia si la limitación de los efectos de la declaración de nulidad a partir de la fecha en que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo es compatible con la Directiva sobre cláusulas abusivas, 1 ya que, según esta Directiva, tales cláusulas no vincularán a los consumidores.

En la sentencia que dicta en el día de hoy, **el Tribunal de Justicia considera que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional en virtud de la cual los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de una cláusula abusiva se limitan a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declare el carácter abusivo de la cláusula.**

El Tribunal de Justicia recuerda en primer lugar que, según la Directiva, las cláusulas abusivas no podrán vincular al consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos de los Estados miembros, incumbiendo a éstos la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de tales cláusulas. El Tribunal de Justicia explica que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la





cláusula abusiva, de tal manera que se considere que dicha cláusula no ha existido nunca y que, de este modo, no produzca efectos vinculantes para el consumidor. **La declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.**

Según el Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente, en aras de la seguridad jurídica, que su sentencia no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales anteriores. En efecto, el Derecho de la Unión no puede obligar a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas.

Sin embargo, habida cuenta de **la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión**, el Tribunal de Justicia es el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión. En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales no podrán afectar a la protección de los consumidores garantizada por la Directiva.

En su apartado 74 y 75 afirma que,

74 *En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, *Dl*, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).*

75 *De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.





En consecuencia, debe restituirse a la actora las sumas cobradas en concepto de intereses ordinarios y a la restitución de las cantidades liquidadas en virtud de los pactos 4º apartado 4.6 y 6º desde el 19 de mayo de 2004, si entonces empezaron a cobrarse. A ello deben añadirse los intereses legales devengados desde cada cobro (a determinar en ejecución de sentencia cuando se realice el nuevo cuadro de amortización del préstamo).

En consecuencia, declarada nulas las cláusulas, y en particular la relativa al Índice IRPH y el sustitutivo que es la que conlleva admitir la condena a la entidad demandada, por mandato legal ha de acordarse la restitución de las prestaciones, lo que comporta primero, que la entidad bancaria haya de recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución como si no nunca hubiera estado incluida la cláusula TERCERA BIS en cuestión, rigiendo dicho cuadro en lo sucesivo hasta el fin del préstamo; segundo, que la entidad bancaria deba reintegrar a la parte actora las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula (lo que habrá de calcularse en ejecución de sentencia en caso de que no se produjera el cumplimiento voluntario del fallo de la presente resolución).

Cuarto.- Costas procesales

Conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), las costas se imponen a la parte demandada por su mala fe y temeridad al haber mantenido la existencia de transparencia tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, habiéndosele dado incluso un plazo para reconsiderar su posición y sin que ni siquiera haya comparecido al acto de la audiencia previa, sin sujeción al límite del 394.3 LEC por la manifiesta temeridad en la oposición. No existen dudas de hecho ni de derecho que justifiquen lo contrario, por la abundante cantidad de resoluciones dictadas ya en este sentido desfavorable a sus intereses. Su mala fe ha sido probada.

Visto cuanto antecede

FALLO

Que ESTIMO TOTALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de Don [REDACTED] contra BANCO SABADELL SA (antes CAIXA PENEDÈS) y en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad de pleno derecho de la cláusula predispuesta, por su falta de transparencia, de la condición general de la contratación recogida en la cláusula "3ª BIS.1. *Periodo de interés variable*", que referenció el contrato de préstamo hipotecario indicado en la parte expositiva, -suscrito en fecha 19 de abril de 2004- que determina el tipo de interés aplicable en una 1ª fase del 3,75% y para la 2ª fase según lo siguiente: *el tipo de interés aplicable en la 2ª fase para cada uno de los periodos sucesivos de interés fijo de un año de duración se determinará conforme al sistema siguiente: el tipo de interés nominal anual se revisará en cada período de interés para lo cual se tomará como tipo de referencia el índice de préstamos hipotecarios IRPH definido en la Resolución de 4 de febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, que consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, al mismo plazo o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, que el conjunto de cajas de ahorros hayan iniciado o renovado a lo largo del mes al que se refieran los índices. Índice sustitutivo: si el IRPH dejara de publicarse, para calcular el tipo de interés nominal anual de las anualidades sucesivas, se aplicará con carácter sustitutivo transitorio el tipo publicado por el Banco de España en el BOE con el nombre de*



