

JDO.1A.INST.E
INSTRUCCION N.1 MAÓ



SENTENCIA: XXXXX/2017

-

AVDA FORT DE L'EAU N° 46 1ª PLANTA - MAHON - MENORCA -

DEMANDANTE XXXXX XXXXX

Procurador/a Sr/a. BEGOÑA JUSUE
HERNANDEZ

Abogado/a Sr/a. MAITE ORTIZ PEREZ

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK

Procurador/a Sr/a. MONTSERRAT MIRO

MARTI Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA nº53/2017

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

Doña María Victoria Villanueva García-Pomareda, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Mahón y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario, registrados con el número XXXXX/2015 promovidos por XXXXX XXXXX representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Begoña Jusué Hernández y asistido por la letrado D. Maite Ortiz Pérez contra CAIXABANK. S.A representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Montserrat Miró y asistida del letrado Dª Juan Carlos Giménez-Salinas sobre declaración de nulidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Procuradora de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio de ordinario contra la mencionada demandada, alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado: “que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados, lo admita, tenga por formulada la presente demanda de juicio ordinario contra LA CAIXA(CAIXABANK S.A), me tenga por comparecido en nombre e interés de la parte actora, y se dicte sentencia por la que se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto en ambos contratos señalados:

- El pacto tercero Bis, rotulado como Tipo de interés variable.

- El Pacto cuarto, el inciso referido a la Comisión de

gestión de reclamación de impagados.

- El Pacto Sexto, en el inciso que corresponde a los intereses de demora.
- La cláusula Sexta Bis, rotulada como Causas de resolución anticipada y a la parte que expresamente se reseña.

Y por ello, como consecuencia inherente a la declaración de nulidad:

- Las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, cuanto por aplicación de las citadas cláusulas hubiesen recíprocamente intercambiado.
- Los préstamos continúen su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas de los contratos.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda mediante decreto, se dio traslado a la demandada CAIXABANK S.A para que compareciese y contestase a la demanda en el plazo de veinte días.

En el referido plazo de 20 días, por la Procuradora de los Tribunales de la demandada presentó escrito de contestación a la demanda alegando, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado; “que se dictare sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, condenando a los demandantes a las costas derivadas de este pleito”.

TERCERO. - Convocadas las partes a la preceptiva audiencia al juicio que señala la Ley, y llegado que fue el día señalado, comparecieron todas las partes, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, que no se logró, afirmándose y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Una vez propuestas las pruebas y admitidas las que se consideraron pertinentes, se fijó la fecha del juicio.

CUARTO. - En el día señalado para la fecha de juicio, comparecieron ambas partes, asistidas de letrado y representadas por Procurador, y practicada la prueba que se declaró pertinente, y tras el trámite de conclusiones quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

QUINTO: En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - HECHOS CONTROVERTIDOS:

La parte actora ejercita acción individual de nulidad al amparo de la Ley 7/1998, de 13

de abril de Condiciones Generales de la Contratación, solicitando la declaración de nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos con la entidad Caixabank, en fechas de 22 de abril de 2003, y de 7 de julio de 2005 respectivamente.

Las cláusulas cuya nulidad interesa la parte actora y que se encuentran contenidas en ambos contratos son las siguientes:

- la cláusula contenida en el Pacto Tercero Bis, que regulan los intereses ordinarios, en la que se diferencian dos fases, una primera fase, que en el caso del primer préstamo es de seis meses, y en el caso del segundo préstamos es de 12 meses, en los que se fijan unos tipos de interés fijos del 4,50% y del 3,50% respectivamente, y, una segunda fase hasta su completa amortización en que se ha fijado un tipo de interés variable, referenciado al tipo de interés IRPH Cajas en ambos préstamos. Para el supuesto en que transcurrieran más de dos meses sin que el BOE publicara el valor de este tipo de referencia, la Citada Cláusula tercera Bis recogía como tipo de interés sustitivos el denominado “Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro”, “CECA”. Finalmente, para el supuesto de que el citado tipo sustitutivo se dejara de publicar por un período superior a los dos meses, la citada cláusula Tercera Bis contempla que perdurará el último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular.

- La cláusula contenida en el pacto cuarto, referido a la Comisión de gestión de reclamación de impagados que establece una comisión de gestión por impagados de 18,03 euros por cada cuota pactada que resulte impagada a su vencimiento, a satisfacer en el momento en que se genere la primera reclamación por escrito solicitando su regularización.

- La cláusula contenida en el pacto sexto, regulado como intereses de demora, que establece que, en caso de no satisfacerse a la Caixa, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del préstamo, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, las sumas adeudadas, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, producirán intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquél en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, al tipo de interés nominal anual del 20,50%, tipo de interés que se establece a efectos obligacionales. Los intereses de demora se devengarán y liquidarán día a día. Los intereses devengados y no satisfechos serán capitalizados de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del Código de Comercio.

- La cláusula sexta bis donde se regula las causas de resolución anticipada en que establece que; la Caixa podrá dar por vencido el crédito aunque no hubiere transcurrido el total del plazo del mismo, y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital, y por intereses, en caso de falta de pago de alguna de los vencimientos de capital,

intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato. Y, el vencimiento anticipado por otras causas, si la parte acreditada o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores, en su caso, incumpliesen las obligaciones de información económica o no depositaren, estando legalmente obligados a hacerlo, sus cuentas anuales en el Registro Mercantil o incumpliesen cualquier obligación líquida o exigible con la Caixa, no se hallasen al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias, con la Seguridad Social o con sus trabajadores, incurriesen en morosidad frente a otros acreedores, padeciesen embargo sobre sus bienes, se alzasen con los mismos o los liquidasen, incurriesen en causa legal de disolución, o si cualquiera de los fiadores fuese declarado en concurso o presentase solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de concurso necesario.

Interesa la nulidad de las cláusulas ya referidas, y en consecuencia que, las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, cuanto por aplicación de las citadas cláusulas se hubiesen recíprocamente intercambiado, y que los préstamos continúen su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas.

Por la parte demandada se opone a la demanda y a la declaración de nulidad de las referidas cláusulas por los siguientes motivos.

En primer lugar, sostiene que la acción para declarar la nulidad de las cláusulas está caducada. Sostiene que, dicha acción está sujeta al plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil, a contar del momento en que pudo ejercitar la acción por tener conocimiento de las circunstancias del contrato. Fija en consecuencia, el diez a quo, en el día de la firma del mismo, en los años 2003 y 2005 respectivamente, por lo que, si se tiene en cuenta el momento en que se interpone la demanda, en fecha de 4 de diciembre de 2005, ha transcurrido el plazo del artículo 1301 del código civil, y en consecuencia, la acción estaba caducada en el momento de ejercitarla.

Entrando al fondo del asunto, sin negar la realidad de los contratos de préstamo, sin cuestionar ni la condición de consumidor del actor, ni la aplicación de lo dispuesto en la Ley sobre condiciones generales de la contratación, ni el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se opone a que las referidas cláusulas sean calificadas como abusivas.

- Así, en cuanto a la cláusula en que se fijan el tipo de interés ordinario, sostiene que la solicitud de que se declare abusiva, es una cuestión de oportunidad, en la medida en que, actualmente el EURIBOR, el otro índice de referencia que se suele establecer en los préstamos hipotecarios, está más bajo en el momento actual. Sostiene que, el actor tuvo conocimiento del tipo de referencia que se aplicaba, que prestó su consentimiento libremente y con conocimiento pleno del índice, como lo demuestran las ofertas vinculantes.

En cuanto a la cláusula que fija la comisión por gestión de impagados, sostiene que no merece la consideración de abusiva, por cuanto, se trata de un gasto en que incurre el Banco cada vez que, se produce un impago de la cuota, aportando como doc. 4 las tarifas de correos.

En cuanto a la cláusula que fija los intereses de demora, sostiene su validez en la medida en que el pacto de intereses moratorios encuentra su fundamento en el incumplimiento por parte del deudor de sus obligaciones de pago al acreedor, cuyo fundamento se halla en el artículo 1.108 del Código Civil. Supletoriamente interesa la aplicación del tipo del artículo 1.108 del código civil, para el caso de que se declarara la abusividad de dicha cláusula.

Finalmente, en cuanto a la cláusula que establece el vencimiento anticipado del crédito, sostiene su validez en la medida en que se encuentra amparada por lo dispuesto en el artículo 693 de la LEC.

SEGUNDO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Comenzamos con la cuestión relativa a la caducidad de la acción, en la medida en que la estimación de esta excepción de derecho material determinará la innecesaridad de entrar sobre el fondo del asunto.

En este sentido hemos de distinguir según que la acción que haya ejercitado la actora sea la de la acción de nulidad absoluta o bien acción de nulidad relativa.

Si entendemos que la acción ejercitada ha sido de la nulidad absoluta del contrato, el referido plazo de cuatro años señalado por el artículo 1.301 del código civil no es de aplicación ya que el mismo se refiere a la anulabilidad de los contratos, es decir aquellos en que concurren los requisitos del artículo 1.261 del código civil. En tanto, la acción de nulidad absoluta carece de plazo de caducidad y por tanto la excepción habría de desestimarse.

Si por el contrario, entendemos que la acción ejercitada ha sido la de anulabilidad la excepción también ha de ser desestimada. A este respecto, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que señala: "*dispone el artículo 1301 del Código Civil que en los supuestos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código*". En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que "*es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato , o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (Sentencias, entre otras de 24 , de junio de 1897 y 20 de febrero 1928) y la sentencia de*

27 de marzo de 1989 precisa que *"el artículo 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato"*.

Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes".

En el caso de autos las prestaciones de ambas partes no están cumplidas, por cuanto la demandada no ha cumplido enteramente las suyas, en la medida en que ha abonado a la actora la totalidad del préstamo. Es por ello que, al no estar consumado el contrato, aún no ha empezado a transcurrir el plazo de caducidad, de tal manera que ha de concluirse que la acción no se encuentra caducada.

TERCERO: ANALISIS ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA TERCERA.

Entrando ya en el análisis de la posible nulidad de las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que dan lugar al presente procedimiento, señalamos lo siguiente.

Hemos de comenzar señalando que;

Los contratos aportados con la demanda, no es discutida ni su tipología, objeto (apertura de una cuenta de crédito) ni las partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor), se enmarcan en el ámbito de la contratación de consumo, lo que determina la aplicación de la normativa especial de consumo, tanto la comunitaria como la estatal. En concreto, la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el 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.

No se discute tampoco la consideración del demandante como consumidor, en el sentido de que se trata de una persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional art. 3.5 TRLGDCU.

Por tanto, la cuestión se limita a analizar si la cláusula en que se regulan los tipos de interés ordinarios aplicables a los contratos de préstamos con garantía hipotecaria, merecen o no la consideración de abusivos.

Para valorar si una cláusula de un contrato es abusiva al amparo de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación hemos de analizar en primer lugar, si nos encontramos ante una condición general de la contratación y en segundo lugar, si la misma merece la consideración de abusiva.

1. Análisis de la consideración de la cláusula que fija los tipos de interés como condición general de la contratación.

El artículo 1 de la citada ley define las condiciones generales de la contratación: *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*

Y el artículo 8.2 de la misma señala que: *“En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”*

Según la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 los presupuestos que deben concurrir para que una cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación son 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 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.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras

circunstancias; y

- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. La Exposición de Motivos de la LCGC indica en su Preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí, como de éstos con los consumidores.

La misma sentencia continua señalando 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 a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato; que el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas tampoco es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que, ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada, por la intervención notarial- y otra, identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

Continua señalando la sentencia, a fin de evitar equívocos, que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico "modo de contratar" diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

En relación a la negociación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015 señala, que para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la

contratación en masa, y además que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula.

La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no es una condición general (no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidas por un profesional o empresario a los consumidores) recae sobre el empresario en el caso de condiciones generales de contratos con consumidores.

En el presente caso, de la prueba practicada en el acto del juicio no se desprende que, en el caso que examinamos, se haya acreditado una negociación individualizada con el demandante XXXXX XXXXX, en cuanto a la inclusión de la cláusula en que se fijaban los tipos de interés a aplicar para regular los tipos de interés variables con los que se fijarían los intereses ordinarios, debiendo concluir por tanto que, fue impuesta por la entidad financiera la Caixa.

En cuanto al resto de los requisitos necesarios para considerar que la cláusula referida ha de ser calificada como de condición general de la contratación; en cuanto a la contractualidad, se ha de poner de manifiesto, que el tipo del IRPH tiene carácter contractual, pero es un índice oficial que se fija por el Banco de España y se publica en el BOE. Su inclusión por tanto, en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores no es obligatoria, pues no viene impuesta por ninguna normativa legal sino que era el índice que voluntariamente tomaban como referencia algunas cajas de ahorro, o entidades bancarias, en todas o algunas de las operaciones de préstamo hipotecario concertadas, para fijar el precio, esto es, las condiciones económicas a las que estaban dispuestos a prestar el dinero, lo que es lícito según la libertad de precios que impera en las economías de mercado.

Y en cuanto a la predisposición, ha de decirse que, son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos, prerredactados unilateralmente por la entidad bancaria.

A la vista de lo expuesto, la conclusión a la que se llega es que la cláusula tercera en que se fijan los tipos de intereses ordinarios, ha de ser calificada como una cláusula general de la contratación.

2. Análisis del posible carácter abusivo de la cláusula.

En segundo lugar, procede analizar si la mencionada cláusula, merece la consideración de abusiva.

De los hechos alegados y de la prueba practicada en los presentes autos procede la estimación de la demanda en lo que se refiere a la primera de las pretensiones ejercitadas con base a los siguientes argumentos:

a) Concepto del IRPH.

El IRPH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades, como señala la actora en su demanda, es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica: "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito".

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IRPH 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". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario. El Banco de España publicaba cada mes los diferentes índices mediante una media de las diversas ofertas de mercado hipotecario inscritas por los Bancos y Cajas de Ahorro.

El índice se presentan bajo tres variantes:

a) El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Cajas (IRPH Cajas), que es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por las Cajas de Ahorro a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

b) El Índice de Referencia para préstamos Hipotecarios Bancos (IRPH Bancos), que es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes.

c) El Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios Entidades (IRPH Entidades), que es un valor porcentual que se obtiene calculando la media de los tipos de interés ponderados aplicados por las Cajas de Ahorro y los Bancos a los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a los tres años, durante el mes, a la manera de una media de los dos índices anteriores.

b) Forma de cálculo del índice.

Conforme a lo acreditado con la prueba documental 3 de la demanda, al efecto las respuestas que por vía de informe emitió el Banco de España ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos, se acredita que en los tres casos, es el Banco de España quien, a partir de los datos que

mensualmente le entregan las entidades financieras, publica, también mensualmente, estos índices, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de tipos de interés obtenidos necesaria y exclusivamente a partir de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario financiero español. De esta manera, las entidades financieras, atendiendo básicamente a criterios de oportunidad, aplican en cada momento unos determinados tipos de interés a sus nuevos clientes, que serán posteriormente utilizados para la elaboración de una media que, a su vez, determinará el valor absoluto del IRPH ese mes, valor que en las correspondientes revisiones se impondrá a la totalidad de los clientes que tienen su préstamo referenciado al citado índice.

Cierto es que, el referido índice ha sido un índice oficial ampliamente utilizado en la concesión de préstamos hipotecarios a lo largo del tiempo y, sometido a la intervención y disciplina del Banco de España, aspecto que no se discute lo más mínimo en esta resolución, en la que se analizará a continuación si el referido aspecto de influenciabilidad por la entidad que lo pacta y referencia ha sido o no informado al consumidor con el que contrata o, por el contrario, si el índice es una aplicación de aquello que proscribe el art. 1.256 del CC en el sentido de que se deja al criterio de una de las partes el cumplimiento del contrato en su aspecto más esencial, como es el aumento o baja del índice en función de decisiones unilaterales de la entidad acreedora que la misma adopta mes a mes en función de criterios de oportunidad

c) Elemento esencial del contrato: imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido de interés remuneratorio

En cuanto a la posibilidad de analizar el carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal o un elemento esencial del contrato, hemos de tener presente que el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE

, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, que establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

La STJUE de 3 de junio de 2.010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y 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, procede responder a las cuestiones primera y segunda que 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. ".Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2.012 , y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible. (...)"

Tal y como ya se ha expuesto en el apartado relativo al control de abusividad de elementos esenciales del contrato, la STS de 9 de mayo de 2013 , relativa específicamente a cláusula suelo ya deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia y, la cláusula objeto de autos que se refiere al índice IRPH como forma de calcular los intereses remuneratorios a devolver por el deudor, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

d) Control de Transparencia

Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/205) delimitan el tipo de control que puede llevarse a cabo en orden al carácter abusivo de ese tipo de cláusulas. La primera de las sentencias citadas, cuya doctrina se reitera en las posteriores, dijo al respecto lo siguiente:

" 2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato

191. *Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.*

192. *Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" , y el artículo 4.2 que "[L]a 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 [...]".*

Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C- 484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], 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".

194. *Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice 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", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta*

disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, 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."

Por tanto, que una condición general defina el objeto principal del contrato implica que no puede examinarse el carácter abusivo de su contenido y el equilibrio de las contraprestaciones, lo que no excluye que se someta a un doble control de transparencia. En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LGCGC -"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" - y 7 de la citada Ley -"no 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 ". Este primer control, como señala la sentencia de 23 de diciembre de 2015, atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula.

Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control " de comprensibilidad real de su importancia en desarrollo razonable del contrato " , que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá 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 " .

Ese control de transparencia, entendido como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga jurídica que incorpora el contrato como la carga económica que supone para él, esto es, pueda conocer y prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que se deriven del contrato y sean de su cargo (STJUE 30 de abril de 2014 , apartado 73, y STJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11 , apartado 49).

En consecuencia, la exigencia de transparencia, tal y como ha sido entendida por el TJUE y por nuestro TS, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, y debe centrarse, además de, en el examen de las propias cláusulas, en sus aspectos formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las mismas y en los nexos que puedan tener con otras del contrato.

Como se afirma en el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014 , resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

La STJUE de 30 de abril de 2014, citada por la sentencia del TS de 23 de diciembre de 2015 , dictada en el asunto C- 26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la

exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo » (párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 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».

Entramos a analizar, por tanto, en el caso examinado, el doble control de transparencia.

En cuanto al primer control de incorporación, no se discute que la cláusula es clara en su redacción y comprensible. Identifica el tipo de interés de referencia empleando los mismos términos que el anexo VIII de la circular 5/1994, del Banco de España, que lo regula. La cláusula se encuentra dentro del pacto que determina el interés aplicable una vez transcurrida la primera fase de interés fijo. La parte actora, en definitiva, sostiene que la cláusula no supera el segundo control de transparencia, que la demanda vincula con la falta de información sobre el índice, su funcionamiento, alcance, forma de cálculo, evolución o cualquier otra característica o naturaleza que afectara al mismo y con el hecho de que no se le dio la oportunidad de escoger entre diversas ofertas.

En el caso de autos, con base a la documental aportada y las omisiones documentales de la parte demandada, puede afirmarse que las cantidades exigidas por la entidad bancaria en concepto de interés remuneratorio con base al índice IRPH, son abusivas por falta de transparencia en la inserción del significado real del índice en el contrato en cuanto a su variabilidad dependiendo de la actuación unilateral de la propia parte

acreedora y, por ausencia de comprensión de la naturaleza del mismo por los deudores, y ello por los siguientes motivos.

1) El primero y fundamental, por cuanto todo índice de tipos remuneratorios de carácter -variable- del contrato de préstamo, hace presumir a quien lo pacta o acepta, que el mismo estará sometido a las oscilaciones del mercado en el que opera, pero no a las que determine de forma unilateral la propia entidad que lo ofrece a través de su actuación en el mismo mercado, dejando en manos de la misma la variabilidad de la oscilación que es la esencia misma del índice variable

La referida afirmación deriva de la prueba documental aportada por el actor y consistente en las respuestas que por la vía de informe efectúa el Banco de España (art. 381.1 LEC) a un procedimiento seguido ante el Juzgado de de lo Mercantil 4 de Bilbao, de entre las que destaca la respuesta a la preguntas 1, 11 y 12 ya que a través de las mismas se afirma por el propio Banco de España que el índice IRPH se calcula a partir de los datos facilitados por las propias cajas cada mes y, que cada caja (de entre las 23 que integran el índice, cada una con una misma capacidad de influir en el índice, con independencia del volumen de sus operaciones) puede influir en el resultado del índice aumentando los intereses aplicados por ellas mismas o, que en los datos facilitados por cada caja de forma mensual para conformar el índice, no solo se incluye los préstamos hipotecarios por las mismas concedidos, sino también los importes de las comisiones que aplican a sus productos, lo que determina que el precio del dinero o índice IRPH esté también conformado no solo por el tipo de interés, sino por el importe de las comisiones aplicadas por cada entidad.

De las respuestas vía informe emitidas por el representante del Banco de España puede afirmarse la capacidad de la entidad de crédito de influir unilateralmente en el alza y la baja del índice a través de la comunicación mensual de los tipos de interés que aplica a operaciones similares y, de las comisiones que cobra por dicha operativa bancaria, lo que comporta una actuación unilateral reconocida por el representante del Banco de España que, a nuestro juicio es contraria a las limitaciones del 1.256 del CC en cuanto a que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y, en todo caso, no informada al actor en el momento de la suscripción del mismo según lo que exponemos a continuación.

No desconoce el Tribunal la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 , que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento: " Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba

referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos." , ni que varias Secciones de las Audiencias Provinciales de Barcelona consideran (...) "que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores no exige que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia, como tampoco se hace en otros índices de referencia utilizados en préstamos hipotecarios.(...)"

Ello no obstante, con la prueba documental aportada antes transcrita, si declara probada el Tribunal la capacidad de influencia mensual, al alza y la baja, del índice IRPH con base a la conducta unilateral de la entidad crediticia, tanto por la comunicación de los tipos de interés a los que prestan el dinero, como las comisiones que perciben por la gestión de sus operaciones, aspectos todos ellos que, primero no le fueron comunicados al deudor consumidor o, no se ha probado fehacientemente que se efectuase la referida información y, en segundo lugar, si se considera esencial la referida información para superar el doble control de transparencia de la cláusula contractual, ya que las operaciones como las enjuiciadas, suelen durar más de la mitad de la vida económica de un consumidor (esta en particular se efectúa a 30 años) por lo que sí parece exigible, que una obligación de pago que va a repercutir en cerca de la mitad de la vida laboral de una persona, sea explicada con todo lujo de detalles, por su implicación futura, por su durabilidad, por la trascendencia económica que la misma comporta para la economía familiar, al destinar la mayor parte de los ingresos de una familia a su pago y, por cuanto la omisión de información trascendente para su comprensión y significado, por el que la tiene, conoce y marca su ritmo de evolución y desea la adhesión al índice, si se evidencia como necesaria, ya que a juicio de quien suscribe, no puede acertarse a entender como alguien puede aceptar cabalmente suscribir una hipoteca a 30 años, para la adquisición de su vivienda habitual, comprometiendo gran parte de sus ingresos mensuales, con adhesión a un índice como el mencionado, respecto del que la entidad acreedora dispone de capacidad de influenciar unilateralmente en su evolución al alza o baja, al margen del control de las autoridades gubernativas del país, como si ocurre con otros tipos de índices.

Con base a la prueba aportada a los autos por el demandado, no puede declararse probado que el mismo haya probado en autos que informó al deudor, documentalmente al menos, de la trascendencia económica del índice o de su capacidad de influir en su evolución de forma previa a la adhesión al mismo, para que el deudor tuviera cabal conocimiento de la naturaleza y características del mismo en la forma en que lo ha definido el Banco de España en el informe antes referenciado, es decir, de las variables de influenciabilidad del mismo por el mismo acreedor, para su comprensibilidad real, en el sentido de informarle y hacerle ver que el mismo

está sometido a las variaciones derivadas de los intereses a los que las entidades de crédito prestan el dinero mes a mes y, que con su conducta, pueden altera el índice mismo, aspecto que queda vetado ex art.1.256 del CC .

2) Tampoco consta acreditado documentalmente que se hicieran comparativas con el resto de índices, ni que se le diera a elegir entre éste y el habitual Euribor, ni que la entidad de crédito advirtiese de la evolución de uno y otro índice y, especialmente, que el índice IRPH le perjudicaba claramente al consumidor en relación al resto de índices, al ser influenciable su alza y baja con base a las propias conductas de las entidades de crédito que participan en su confección a través de los tipos de interés a los que facilitan los prestamos mes a mes, aspecto de especial conocimiento que se omitió al deudor, ya que la capacidad de influir por el acreedor en la evolución del índice es un aspecto de especial trascendencia para la comprensión del mismo por el obligado al pago

3) Tampoco consta aportado a los autos el folleto informativo de evolución del índice al momento previo a la suscripción de la hipoteca, ni el pasado ni el futuro, por lo que al no haberse informado al deudor de los probables escenarios de evolución del indicado índice, se incumple en este aspecto y correlativamente el art. 5 y 3 de la Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios otorgados con anterioridad al 29 de abril de 2.012 o, los arts 21, 22 y 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE nº 261 de 29/10/2.011), para los préstamos otorgados con posterioridad al 29 de octubre de 2.011 o, el apartado 1.4 del Anexo 4 de la circular del Banco de España nº 5/2.012 de 27 junio (BOE6 Julio y corrección de errores de 11 octubre.

4) Si bien consta aportado a los autos la oferta vinculante, como doc. núm1 y 2 de la contestación a la demanda en que se hace constar que el tipo de referencia es el que se aplicó, lo cierto es que, del mismo no se desprende que el deudor haya recibido información acerca del funcionamiento del índice aplicable.

5) En el acto del juicio compareció el antiguo director de la Oficina de San Luis, que suscribió el préstamo hipotecario con el actor. No obstante, de su declaración no se desprende que se informara al deudor de todas las características del IRPH. Manifiesta que, no recuerda exactamente qué se le indicó al deudor, pero que, la forma de negociación era siempre similar, una vez que acudía el cliente, le informaban de las condiciones que podían ofrecerle, le solicitaban la documentación se aprobaban las condiciones y posteriormente se firmaba en el Notario. Dicha información se manifiesta insuficiente a efectos de superar el referido control de transparencia ya señalado en cuanto a las condiciones del IRPH.

6) Tampoco se acredita documentalmente que se ha entregado y

explicado al deudor conforme a la Orden 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios otorgados con anterioridad al 29 de abril de 2.012 o, los arts 21, 22 y 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE nº 261 de 29/10/2.011), para los préstamos otorgados con posterioridad al 29 de octubre de 2.011, al objeto de garantizar su comprensión correcta, aspectos e informaciones (escenarios, gráficos, información documental, trípticos, etc) que debían estar en el expediente administrativo previo a la concesión del préstamo y no se han aportado y, sin que la mera declaración del empleado de banca que intervino en la comercialización relativa a que se -efectuaron- sea suficiente para el Tribunal a la hora de acreditar el control de inclusión transparente en el contrato y de conocimiento real y efectivo del índice por los deudores al objeto de que estos puedan emitir un consentimiento cabal e informado en relación al alcance de sus obligaciones, máxime cuando la suscripción de una hipoteca es un acto jurídico normado para la entidad de crédito en el que la misma ha de cumplir unos concretos trámites de transparencia que empiezan por la oferta vinculante y demás documentación administrativa del préstamo, que como se ha indicado -no consta aportada a los autos-, lo que hace pensar a quien suscribe que, si no se ha aportado la más básica información documental que la entidad tiene obligación normativa de entregar al deudor con cierta antelación, para que éste forme su convencimiento, es difícil aceptar que además, se haya cumplido con un deber de información oral sobre aspectos del índice que pactan y que si no es a través de las respuestas del representante del Banco de España aportadas como documento nº 2 de la demanda, no se tiene conocimiento del comportamiento del mismo, al menos, no con base al contenido de lo pactado en el escritura.

Finalmente, no puede dejar de indicarse que la acreditación formal de que se entregó e informó adecuada y suficientemente al deudor de los contenidos del índice IRPH y de los demás aspectos comentados, le corresponde a la entidad demandada y no al actor, con base a su condición de consumidores y la inversión de la carga de la prueba existente en la materia y, la entidad de crédito, concedora de la referida inversión, debió en su momento haber guardado en cada expediente administrativo previo a la concesión de las hipotecas que otorgaba, toda y cada una de las informaciones, gráficos, escenarios, trípticos y demás documentos administrativos en los que explicaba el conocimiento real y esencial del tipo que pactaba, al objeto de acreditar posteriormente la efectiva información trasladada, aspecto que ni verificó en su momento ni ha acreditado ahora con la declaración testifical propuesta, pese a la obligación normativa que le afecta.

Con esta falta de información, se incumplen los arts. 2.1 , 8 b) y d), 13.1 d) y 17 del TRLGCU y el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, vigentes en el momento de suscripción de los préstamos, que regulan la

obligación para 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, en definitiva, con estos datos, el consumidor no identificó la cláusula IRPH como definidora del objeto principal y no pudo conocer su alcance económico, "la carga económica del contrato".

En sentido análogo, concurren algunas de las circunstancias expresadas por el TS para el supuesto de la cláusula suelo; (STS en pleno de 9 de mayo de 2013)

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

c) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. "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. ...cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (sí su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

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". ...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.

Es decir, es la parte predisponente la que debe acreditar que facilitó a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica y la carga económica de la cláusula del IRPH, conforme a lo antedicho y, ello no se ha probado en los presentes autos, lo que conforme a las previsiones del art.

217.3 de la LEC y la inversión de la carga de la prueba existente en la materia solo puede comportar la estimación de la demanda en este punto. En definitiva, la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible, produciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, y, por lo tanto, desde esta perspectiva es abusiva, porque produce el desequilibrio por falta de información siendo contraria a la buena fe contractual.

e) Índice sustitutivo.

En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria objeto de autos se pacta el que, en caso de que deje de publicarse el índice IRPH cajas, se aplicará el Índice de Activos de Referencia de las Cajas de Ahorro Confederadas, si bien el mismo también fue declarado inaplicable por la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que prevé que, con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la

desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: 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. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato se dejara de publicar, la sustitución se realizará por último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular, aplicándole un diferencial de 0 puntos no negativo.

Pese a la disposición legal expresa antes referenciada, las consecuencias de la nulidad por abusividad (falta de transparencia) de una cláusula, no pueden ser las que predica la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, sino aquellas que jurisprudencialmente el TJUE ha venido insistiendo una y otra vez en la materia, que no es otra que la expulsión de la cláusula del contrato y, la subsistencia del mismo en tanto que éste pueda subsistir sin la misma, sin facultad de integración, modificación, sustitución o cualquier otra forma de reconducción de la cláusula expresamente declarada abusiva por el Tribunal

f) Consecuencias de la declaración de abusividad por falta de transparencia

El contrato de préstamo civil es por naturaleza gratuito y no devenga interés, lo que a priori determina la posibilidad de subsistencia del contrato sin devengo de interés alguno, como también lo declara el TS de 9 de mayo de 2013. Nº de Resolución: 241/2013. en su apartado 188, cuando dispone que " (...) en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom (...)",

La reciente Sentencia del TJUE de 26 enero de 2017 a la que luego nos referiremos también prevé en su apartado 71 que (...) "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, apartado 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 esté facultado 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).(...)"

En definitiva, el TS nos afirma la posibilidad de subsistencia del contrato de préstamo sin el devengo de interés y, el TJUE nos afirma el -deber- del juez nacional de -expulsar el contrato la cláusula que considere abusiva-, sin posibilidad de "variar su contenido" siempre que el mismo pueda subsistir a resultas de la supresión de la cláusula.

Es por ello que la consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula de interés remuneratorio referenciado al IRPH cajas, no puede ser más que la subsistencia del contrato de préstamo, sin devengo de interés alguno en favor de la entidad acreedora, sin poder integrarla, sustituirla, complementarla o modificarla y, sin que proceda la restitución recíproca de las prestaciones inherente a la nulidad del contrato en su totalidad, ya que no es esa la declaración que aquí se efectúa, sino la de limitar los efectos de la abusividad por falta de transparencia a la cláusula de interés remuneratorio, con la obligación del acreedor de restituir al deudor -la totalidad- de los importes que por dicho concepto ha percibido durante la vigencia del contrato y, sin perjuicio de las compensaciones que, en su caso y, si procede, puedan ambas partes pactar entre las partidas que se adeudan recíprocamente, por vía de acuerdo, ya que algunas de ellas (las que debe abonar el deudor) no son aún exigibles en méritos del aplazamiento de pago pactado entre las partes en el contrato.

Puede parecer -extraño- la existencia y subsistencia de un préstamo sin interés y, de hecho, seguramente no era esa ni la voluntad ni la finalidad de las partes al otorgar el contrato, pero no podemos perder de vista tampoco dos aspectos esenciales, como que el contrato de préstamo desde su definición en el código civil en el siglo XIX, es un contrato gratuito por esencia y, que conforme a la doctrina constante del TJUE, la declaración de abusividad que el juez nacional verifica con los efectos de exclusión de la cláusula del contrato, tiene un fin teleológico claro, advertir a los empresarios de que no pueden seguir pactando cláusulas abusivas y/o no transparentes ya que la sanción a su conducta, no es otra que la sanción ejemplar de la exclusión de la cláusula del contrato, con todos sus efectos inherentes, siempre que el mismo pueda subsistir sin la misma, como es el caso de autos según lo antes expuesto.

CUARTO: ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA CUARTA, RELATIVA A LAS COMISIONES POR IMPAGADOS.

En segundo lugar, hemos de analizar la cláusula contenida en el pacto cuarto de los citados contratos, donde se regulan las denominadas comisiones de gestión de reclamación de impagados.

Al igual que en el caso anterior, hemos de analizar si, la referida cláusula, al amparo de lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la contratación merece la consideración de tal y en segundo lugar si ha de ser consideradas abusivas.

Con respecto a la primera cuestión, aplicando lo ya señalado en el tercer fundamento de derecho de la presente sentencia, se ha de concluir que, la cláusula en que se fija la comisión de reclamación de impagados, merece igualmente la consideración de condición general de la contratación, puesto que ninguna circunstancia distinta se da en la incorporación al contrato de la citada cláusula con relación a la de los intereses.

En cuanto a la consideración de si ha de considerarse como abusiva o no, el art. 87.6 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 prevé que "*(...) son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular (...) la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.* A su vez el art. 89 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece que *en todo caso tiene la consideración de cláusula abusiva (...)* 5. *Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación;* 6. *La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.;* 7. *La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo .(...)*

En el caso de autos, el empresario no ha acreditado a que se corresponden los referidos importes de comisión y, el efectivo trabajo a que se refieren los indicados servicios de reclamación o, el efectivo perjuicio que al mismo le supone el incumplimiento alegado con base a los que se reserva la facultad de reclamar. Es por ello que, de conformidad con los artículos señalados, debe ser estimada la pretensión de la actora, entendiendo la referida cláusula como abusiva.

QUINTO: ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LA FIJACIÓN DE INTERESES DE DEMORA.

En este caso, la cláusula cuya abusividad se cuestiona es la relativa a la que fija los

intereses de demora, contenidas en el pacto sexto de los ya señalados contratos. Procede declarar dicha cláusula, por los mismos motivos que los ya señalados en los fundamentos de derecho anteriores, como condición general de la contratación, debiendo, entrar a analizar si, la misma merece o no la consideración de cláusula abusiva.

El Tribunal Supremo en sentencia del pleno de fecha 3 de junio de 2016, que el criterio para determinar si los intereses de demora han de ser considerados o no como abusivos al amparo del artículo 85.6 del TRLGDC no puede limitarse al límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero), puesto que, señala; *según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal»....*

Continúa señalando que; *en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal».*

La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones.

En cuanto a, la aplicación de dicho criterio objetivo, establecido para los préstamos personales sin garantía real a los préstamos con garantía real como son los

que son objeto de este procedimiento, señala en dicha sentencia, que, *si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.*

Por tanto, aplicando el mencionado criterio al supuesto que estamos analizando, en que, el tipo de interés de demora se ha pactado en 20,50%, si tenemos en cuenta que el índice del IRPH Cajas a fecha de 2003 y 2005, rondaba en torno al 3,5%, la conclusión que se extrae es que, el tipo de interés de demora pactado en ambos contratos, es manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo.

En cuanto a los efectos que la declaración de abusividad puede comportar, la misma está también definida en las sentencias citadas ya que las mismas, no sólo fijan un criterio de -abusividad- en cuanto a los intereses moratorios de préstamos personales o reales, sino que en cuanto a los efectos de la indiciada declaración de abusividad, también ofrece un criterio o solución a tener en consideración para la materia que nos ocupa.

Señalan que la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio.

Por lo tanto, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora supone la declaración de nulidad de la misma y la supresión de sus efectos, sin que, como se establece en el artículo 10 de la LCGC, la subsistencia del contrato, siempre que el mismo pueda subsistir sin la cláusula cuya nulidad ha sido declarada, como es el caso que nos ocupa.

SEXTO: ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA QUE FIJA LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA DE LOS CONTRATOS.

Finalmente para la resolución de esta última cuestión, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en el marco de una acción colectiva, de la que han de destacarse las siguientes consideraciones:

Partiendo de lo dispuesto en los art. 1129 y 1124 CC y 693.2 LEC, el Tribunal Supremo sostiene la validez, en abstracto, de las cláusulas de vencimiento anticipado, que no son per se ilícitas.

Ahora bien, el TS mantiene también que la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y, por

tanto, nulas, siendo que la eventual abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta lo permite.

a). - El Tribunal Supremo, atendiendo a la dicción del art. 693.2 LEC y a la doctrina del TJUE, concluye señalando en la resolución que examinamos que "ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida (1), gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo (2) y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (3) ; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)."

Así pues, el Tribunal establece un límite mínimo (693.2 LEC) que ha de concurrir en todo caso, resultando necesario pero no suficiente, ya que el tribunal deberá, además, valorar en cada caso si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado, atendiendo a los tres parámetros: que se haya incumplido gravemente una obligación esencial (no justifica el vencimiento anticipado el incumplimiento de obligaciones accesorias, como el impago de gastos, comisiones o la prima del seguro), y exista una posibilidad real del consumidor de evitar esa consecuencia (art. 693.3, introducido por ley 1/2013).

b). - Pues bien, sobre las premisas expuestas, en dicho supuesto el TS, en la parte vinculante de dicha sentencia en cuanto constituye la ratio decidendi, estima que la cláusula enjuiciada debe reputarse nula e inaplicable, y confirma la decisión del Tribunal de apelación que había declarado la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

En sustento de esta decisión, la STS de 23/12/2015 entiende que la cláusula de vencimiento anticipado allí enjuiciada no supera los estándares marcados por el TJUE, antes enunciados, pues (i) ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración o cuantía del préstamo ni (ii) permite al consumidor evitar su aplicación con una conducta de reparación, aunque la posibilidad de rehabilitación se haya reestablecido legalmente en los supuestos de hipoteca sobre la vivienda habitual.

Para acabar concluyendo que "en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves".

Aplicando lo ya dispuesto al caso que analizamos, hemos de concluir que, la mencionada cláusula en que se fijan las causas de resolución anticipada han de ser consideradas como abusivas.

Si bien en la primera, se establece la resolución anticipada del préstamo por el impago

de alguno de los plazos por parte del prestatario, concurriendo el requisito de que la obligación que se incumple es esencial, puesto que la obligación principal que tiene el deudor es la de la devolución del préstamo y el pago de las cuotas, sin embargo merece la consideración de abusiva por lo siguiente. En la redacción no se establece qué número de cuotas debía dejar de pagar el prestatario para que la entidad bancaria pudiera dar lugar al vencimiento anticipado de los préstamos. Tampoco se fija la posibilidad o medios por el que el prestatario pudiera evitar la resolución anticipada del préstamo, una vez que la entidad bancaria hubiese hecho uso de su facultad. Es por ello que, el hecho de que no se fijase número de cuotas, ni la posibilidad de evitar la aplicación de la mencionada cláusula por parte del prestatario, determina que el primer punto de dicha cláusula deba ser considerado como abusivo.

Y en cuanto al segundo punto, también ha de ser considerado como tal. En este punto, las obligaciones cuyo incumplimiento determina que la cláusula pueda ser considerada abusiva, no tienen carácter esencial, en la medida en que se tratan de obligaciones carácter accesorio, como es el incumplimiento de las obligaciones de información económica o de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil. De conformidad con lo ya señalado, la conclusión es que dicha cláusula merece la consideración de abusiva.

En cuanto a los efectos de dicha declaración, en la medida en que el citado contrato de préstamo puede subsistir, puesto que no se trata de una cláusula que afecte al contenido esencial del contrato, procede declarar exclusivamente la nulidad de la misma, sin que afecte a la validez del resto del contrato.

SÉPTIMO: COSTAS.

Al haberse estimado íntegramente la demanda, de conformidad con el artículo 394 de la LECm procede la condena en costas de la parte demandada.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Begoña Jusué Hernández en nombre y representación de XXXXX XXXXX frente a CAIXABANK, debo declarar y declaro la nulidad por abusividad y/o falta de transparencia de la cláusulas contenidas en los préstamos con garantía hipotecaria suscritos en fecha de 22 de abril de 2003 y 7 de julio de 2005,

a) De la cláusula tercera bis, relativa a los intereses ordinarios, con la obligación del acreedor de restituir al deudor -la totalidad- de los importes que por dicho concepto ha percibido durante la vigencia del contrato, con más sus intereses legales, incrementados en dos puntos a partir de esta resolución.

- b) La cláusula cuarta de comisiones de gestión de reclamación por impagados.
- c) La cláusula sexta de los intereses de demora.
- d) La cláusula sexta bis de causas de resolución anticipada.

Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la presente sentencia cabe formular ante este Juzgado recurso de apelación, que se interpondrá en el plazo de veinte días contados desde la notificación de la misma conforme disponen los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.