

Mataró, 11 de abril de 2017

Don Javier Vázquez Pariente, Magistrado Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

la siguiente

## **SENTENCIA**

En los autos del juicio ordinario nº 583/2016, seguidos a instancias de Don XXX, asistido por la Letrada Doña Vanesa Fernández Escudero y representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Cari Pascuet Soler, frente a la mercantil Catalunya Banc, SA, asistida por el Letrado Don Manuel Ledesma García y representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Anna Vilanova Siberta.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El 25 de mayo de 2016, la representación procesal de Don XXX interpuso demanda de juicio ordinario frente a Catalunya Banc, SA en la que, alegados cuantos hechos y fundamentos tuvo por procedentes, solicitaba el pronunciamiento de sentencia por la que se declarara la nulidad de la cláusula de fijación del tipo de interés variable establecida en un contrato de crédito con garantía hipotecaria suscrito por las partes y, en congruencia con dicha declaración, se condenara a la entidad demandada a restituir las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la reseñada cláusula y todo ello, con imposición a la parte demandada de las costas causadas

**Segundo.** Verificada la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, en virtud de decreto de 20 de junio de 2016 se admitió a trámite la demanda con traslado de la misma a la parte demandada y emplazamiento para contestarla en el plazo legal, como ésta hizo por escrito registrado el 20 de julio del mismo año.

**Tercero.** Por diligencia de ordenación de 20 de julio de 2016 se acordó citar a las partes para la celebración de la audiencia previa, que tuvo lugar el 15 de noviembre del mismo año. En ella, los Letrados de las partes propusieron los medios de prueba que tuvieron por oportunos y el juzgador, tras admitir los estimados pertinentes y útiles, señaló para su práctica el 1 de marzo de 2017.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** Se solicita en los presentes autos la declaración de nulidad de la cláusula de un contrato de crédito con garantía hipotecaria por la que se establece como tipo de referencia para el cálculo del interés aplicable el conocido como “Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios” en su modalidad “IRPH-Cajas” y, como índice sustitutivo, el denominado “Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro” o “Índice CECA”.

Entiende la parte demandante que la citada cláusula es abusiva y consiguientemente nula por los siguientes motivos: en primer lugar, porque no fue puesta en conocimiento

del demandante con la antelación necesaria a la firma del contrato; en segundo lugar, porque el tipo de referencia utilizado infringía la prohibición de aplicar índices que dependieran exclusivamente de la propia entidad o que pudieran verse afectados por acuerdos o prácticas colusorias con otras entidades y, por último, porque la cláusula no supera los requisitos de transparencia exigibles en la medida en que no es comprensible en el plano puramente gramatical ni se incorporó al contrato en condiciones que permitieran al demandante conocer su alcance jurídico y económico en el contexto de la relación nacida de aquél. Enlazando con todo ello, se denuncia que la entidad demandada no informó al actor sobre el funcionamiento, la evolución y las tendencias de los tipos de referencia aplicados ni le ofreció la posibilidad de elegir otros índices distintos ni le exhibió simulaciones o escenarios sobre la evolución de dichos tipos de referencia en comparación con otros alternativos.

La parte demandada se opone a la estimación de la demanda por entender que la cláusula controvertida sí fue negociada individualmente y que, aun cuando se estimara lo contrario, nos hallaríamos ante una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, lo que impide someterla a cualquier control de abusividad desde la perspectiva del justo equilibrio entre las prestaciones. Sea como fuere, sostiene dicha parte que el demandante fue perfecto conocedor de que estaba contratando un crédito sujeto a un tipo de interés variable y de que el cálculo de éste dependía de un índice de carácter oficial y publicado periódicamente en el Boletín Oficial del Estado, al cual podía acudir para conocer su diferencia con otros índices. Además de ello, se alega que la entidad desconocía al tiempo de la perfección del contrato la evolución futura del índice de referencia pactado y que, en cualquier caso, la elección de este índice determinó la aplicación de un diferencial sensiblemente inferior al que hubiera procedido en caso de elegirse otro tipo de referencia distinto como el “Euribor”.

**Segundo.** Delimitadas las posiciones de las partes, es un hecho no controvertido que el 21 de septiembre de 2014, Don XXX y Doña XXX suscribieron con Caixa d'Estalvis de Catalunya un contrato de crédito con garantía hipotecaria por un importe máximo de 60.000 euros y para cuya remuneración se estableció una primera fase que se extendería hasta el 30 de septiembre de 2005 y en la que el tipo de interés sería del 3,50% así como una segunda fase sujeta al tipo de interés variable resultante de agregar un tipo de referencia y un diferencial. A este respecto, la cláusula 3 bis del contrato dispone lo siguiente:

*“El tipo de interés nominal aplicable durante la segunda fase se determinará y aplicará anualmente, devengándose con la periodicidad establecida en el pacto anterior, y será el resultado de incrementar con un diferencial el porcentaje publicado por el Banco de España como referencia oficial bajo la denominación de «Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro», en el Boletín Oficial del Estado, sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal.*

*A estos efectos, se considerará como tipo de referencia el correspondiente al tercer mes inmediatamente precedente a aquél en que sea de aplicación el nuevo tipo, siempre que haya sido publicado con una antelación mínima de veinte días al inicio de la nueva anualidad. En el supuesto de que dicho tipo de interés no se hubiese publicado con la expresada antelación, se considerará como tipo de referencia el del cuarto mes inmediatamente precedente al de aplicación del nuevo tipo.*

*Si dicho tipo de referencia «Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro» dejase de publicarse de forma expresa, o no se hubiese publicado para los meses considerados en el segundo párrafo de este pacto, se utilizará como sustitutivo el porcentaje publicado por el Banco de España como referencia oficial bajo la denominación «Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro-Indicador CECA Tipo Activo», en el Boletín Oficial*

*del Estado, con anterioridad a los veinte días precedentes al inicio de la nueva anualidad, sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal. En el supuesto que el citado Banco de España no publicara el mencionado tipo de referencia, se tomará como tal el que, aplicando los mismos criterios de determinación, publique la Confederación Española de Cajas de Ahorro.*

*El diferencial con el que habrá de incrementarse el tipo de referencia será de 0,250 puntos, si la disposición se destina a la adquisición de la vivienda de la parte acreditada, o de 1,250 puntos para la resta de disposiciones (...).*

Finalmente, es un hecho no controvertido que el Banco de España dejó de publicar los tipos de referencia pactados a partir del 1 de noviembre de 2013 y que, en sustitución de ellos, la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre impuso la aplicación del tipo sustitutivo estipulado por las partes en el propio contrato o bien, en el caso de que éste fuera alguno de los índices suprimidos por la misma disposición, el «Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España».

**Tercero.** Con estos antecedentes y no habiéndose suscitado contienda sobre la condición de consumidor del demandante, la primera cuestión a que ha de darse respuesta se refiere a la calificación de la estipulación litigiosa como cláusula no negociada individualmente.

En relación con esta materia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 razona que “Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse «no negociada» y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que «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». Como afirmamos en la Sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis de dicha norma lleva a 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. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas**”.

La misma resolución sostiene que “**Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y 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 adecuadamente, la alegación de que ha existido**

**negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta. En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente”.**

Trasladadas estas premisas al supuesto de autos, constatamos que la parte demandada no ha desplegado el menor esfuerzo probatorio dirigido a acreditar la concurrencia en este caso de hechos reveladores de una verdadera negociación individual previa a la suscripción del contrato litigioso. Tan sólo se afirma genéricamente que “la suscripción de un contrato de crédito con garantía hipotecaria es, para el prestatario, el final de un camino plagado de conversaciones con unas y otras entidades, en el que se comparan condiciones, optando finalmente por aquella que más se adecúa a sus pretensiones. Por ello, dado que las cláusulas no han sido impuestas, se debe concluir que es evidente que no nos encontramos ante ninguna condición general de la contratación”.

Como es de ver, el razonamiento de la entidad demandada equipara la existencia en el mercado bancario de un amplio repertorio de ofertas de productos análogos con la existencia de una verdadera negociación individual de las cláusulas del contrato finalmente suscrito. Esta equivalencia es expresamente rechazada por la doctrina jurisprudencial a que acabamos de referirnos, lo que unido a la falta de cualquier vestigio de la existencia de un verdadero e igualitario intercambio de propuestas y contrapropuestas en la fase precontractual, nos lleva a concluir que la estipulación litigiosa merece la calificación de cláusula no negociada individualmente.

**Cuarto.** Partiendo de esta premisa, se plantea la cuestión de determinar si el demandante tuvo la oportunidad real de conocer la existencia de la reseñada cláusula antes de estampar su firma en el contrato.

El escrito de demanda niega que existiera tal oportunidad, en justificación de lo cual denuncia que la entidad crediticia nunca llegó a facilitar al actor la oferta vinculante a que se refiere el art. 5 de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. La parte demandada no refuta explícitamente esta afirmación sino que se limita a alegar que “No es creíble que el actor acudiera directamente a la Notaría a ciegas, sin saber las condiciones esenciales del crédito hipotecario, entre ellas, qué capital le iban a prestar, cuál era el plazo de amortización y qué precio tenía que pagar como contraprestación, el cual se calcularía a partir de un índice de referencia más un diferencial. (...) El cliente sabía que estaba contratando un crédito hipotecario a interés variable y, como tal, sometido a un cierto riesgo ante la variabilidad y volatilidad del mismo y que ese interés variable se calcularía tomando como referencia un índice oficial (el IPRH) publicado en el BOE, el cual podía consultar, más el diferencial pactado (...)”.

Planteadas la cuestión en tales términos, recordemos el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que dispone que **“En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: (...) 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 (...)**”.

Enlazando con esta exigencia de que el consumidor pueda conocer el alcance de las cláusulas contractuales antes de prestar su consentimiento, el preámbulo de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 argumenta que **“La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario”**.

Para hacer efectivos estos propósitos, el art. 3.1 dispone que **“Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma. Si se trata de impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega”**. Por su parte, el art. 5.1 dispone que **“Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo”**.

En el caso que nos ocupa, la parte demandada no sólo omite toda acreditación de la entrega al demandante del folleto informativo y la oferta vinculante a que se ha hecho referencia sino que ni tan siquiera alega que tales documentos fueran efectivamente entregados. En estas circunstancias, el único rastro probatorio de la entrega de dichos documentos viene constituido por dos elementos de convicción: por un lado, la declaración testifical del director de la oficina de Catalunya Banc, SA que intervino en la formalización del contrato, quien asegura que era práctica habitual entregar una oferta vinculante a los clientes interesados en la suscripción de préstamos hipotecarios y, por otro lado, la escritura en la que se solemnizó el contrato, en cuya página 32 se consigna lo siguiente: **“Hago yo, el Notario, expresamente las advertencias contenidas en el artículo 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sin que advierta discrepancia que tenga que hacer constar expresamente entre la oferta vinculante de fecha 17 de septiembre de 2004 y el contenido de esta escritura, siendo aplicables las letras b del apartado 2 (interés vigente) y del apartado 4 (reembolso anticipado) de dicho artículo. Además han sido advertidos con antelación de su derecho a examinar el proyecto de la presente escritura en mi despacho durante los tres días hábiles anteriores a la fecha de su otorgamiento”**.

Los dos elementos expresados son manifiestamente insuficientes para suplir la falta de aportación a los autos de la oferta vinculante que el demandante niega haber

recibido. Ello es especialmente claro en el caso del testimonio de Don XXX, quien no llega a afirmar que se entregara al demandante la oferta vinculante sino que se limita a describir una práctica habitual de la oficina que dirigía en la época de la formalización del contrato. Si a ello añadimos las reservas y vacilaciones expresadas por el testigo al declarar sobre unos hechos ocurridos hace trece años, se concluye que su fiabilidad para esclarecer el hecho controvertido resulta insuficiente.

Por lo que concierne a la escritura notarial, su entidad acreditativa es igualmente escasa por dos motivos: en primer lugar, porque de las advertencias recogidas por el fedatario público no se desprende que la oferta vinculante fuera entregada al actor en ningún momento y, en segundo lugar, porque tampoco el Notario puede conferir los efectos propios de la fe pública a su afirmación de que el demandante fue advertido con antelación de su derecho a examinar en el despacho notarial el borrador de la escritura. Nótese que tal advertencia habría debido consignarse en la oferta vinculante por exigirlo el art. 5.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y, como se ha visto, no hay base probatoria para afirmar que tal oferta se entregara al demandante ni la entrega, en caso de ser cierta, habría tenido por qué materializarse en presencia del Notario.

En definitiva, ni el escrito de contestación ni el resultado de la prueba practicada sugieren que la entidad demandada cumpliera su obligación de facilitar al actor una oferta vinculante suficientemente descriptiva de las condiciones financieras del contrato por el que iba a vincularse. El incumplimiento de esta obligación impide afirmar que el actor tuviera la oportunidad real de conocer la cláusula controvertida antes de la prestación de su consentimiento y, en consecuencia, comporta la no incorporación de la cláusula al contrato con la consiguiente declaración de nulidad de la cláusula objeto de impugnación y la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de aquélla.

**Quinto.** El art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”.

No apreciándose en el caso circunstancias que aconsejen un pronunciamiento distinto, deben imponerse las costas a la parte demandada. Por lo expuesto,

## **FALLO**

Estimando íntegramente la demanda entablada por la representación procesal de Don XXX frente a Catalunya Banc, SA, debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula 3ª bis del contrato de crédito con garantía hipotecaria formalizado por los litigantes en escritura pública de 21 de septiembre de 2004 y, en congruencia con ello, debo condenar y condeno a la entidad demandada a eliminar la reseñada cláusula del contrato con reformulación de su cuadro de amortización y con restitución al actor de las cantidades percibidas en aplicación de la citada cláusula, incrementadas con el interés legal devengado por cada una de ellas desde la fecha de su cobro hasta la de su devolución y todo ello, con imposición a la parte demandada de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme por lo que, contra ella, podrán interponer recurso de apelación por medio de escrito presentado ante este órgano en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.