



## XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 14 VIGO

**SENTENCIA: 00284/2020**

C/ LALIN 4, PLTA. SEMISOTANO, VIGO  
**Teléfono: 886218412-13-14, Fax: 886218415**  
**Correo electrónico:**  
Equipo/usuario: MA  
Modelo: N04390  
**N.I.G.:** 36057 42 1 2018 0003958

### **ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000813 /2018**

Procedimiento origen: /  
**Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS**  
DEMANDANTE D/ña.  
Procurador/a Sr/a. ALBERTO VIDAL RUIBAL  
Abogado/a Sr/a. MANUEL NIETO CAMIÑA  
DEMANDADO D/ña.  
Procurador/a Sr/a. GEMMA ALONSO FERNANDEZ  
Abogado/a Sr/a. MAGDALENA PIÑOL TEJERO

En Vigo, a 27 de abril de 2020.

Vistos por mí, Tania Rodríguez Lozano, Magistrada titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Vigo, los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 813/2018**, seguidos en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, entre:

**PARTE DEMANDANTE:** D<sup>a</sup> , representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Vidal Ruibal y defendida por el Letrado D. Manuel Nieto Camiña.

**PARTE DEMANDADA:** , representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Gemma Alonso Fernández y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Magdalena Piñol Tejero, se procede a dictar la siguiente

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 12.03.2018 el Procurador D. Alberto Vidal Ruibal, actuando en la representación procesal de , presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria , en ejercicio de acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, acaba solicitando que se dicte sentencia por la que se estime su demanda, según los términos del suplico.





**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se confirió traslado a la parte demandada para que la contestase en el plazo legal de veinte días, lo que realizó oponiéndose a la demanda y solicitando su íntegra desestimación e imposición de costas procesales a la parte demandante.



**TERCERO.-** La Audiencia previa se celebró el 7.10.2019 con la asistencia de ambas partes y resultado que consta en la correspondiente grabación. Subsistiendo el litigio las partes propusieron prueba a celebrar en el acto del juicio que quedó señalado para el 20.02.2020.

**CUARTO.-** El juicio se celebró en el día indicado con práctica en unidad de acto de la prueba admitida y, finalizado el periodo probatorio, las partes formularon sus conclusiones, quedando seguidamente las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

**QUINTO.-** Encontrándose el asunto en trámite de dictar sentencia, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió todas las actuaciones judiciales que no se incluyesen en aquellas que, de no practicarse, pudieran causar perjuicio irreparable, adopción de medidas cautelares y actuaciones inaplazables así como todos los plazos procesales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **PRIMERO.- Acción ejercitada y alegaciones de las partes.**

La parte demandante ejercita acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación pretendiendo que se declaren nulas las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario formalizado con el 14 de diciembre de 2006, ante el Notario de Vigo D. Cesar Cunqueiro González- Seco, con nº 3.835 de su protocolo:

1.- Estipulación 3.2.1, de la cláusula primera, en la que se establece como tipo de interés de referencia el Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, y su índice sustitutorio previsto en la estipulación 3.2.3, de la cláusula primera.

2.- Estipulación 3.3, de la cláusula primera, en la que se establece un límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés o cláusula suelo del 3,90%.

3.- Estipulación 3.6, de la cláusula primera, en la que se establece, que para realizar el cálculo de intereses devengados durante periodos inferiores a un año, considera que el año tiene 360 días.

4.- Estipulación 4.1, de la cláusula primera, que fija una comisión de apertura.





5.- Estipulación 7, de la cláusula primera, de vencimiento anticipado.

Además solicita que, respecto a la cláusula IRPH: "Se acuerde la sustitución del índice de referencia declarado nulo, por el índice de referencia EURIBOR, que determinará el tipo de interés, adicionándole el diferencial pactado. "y todo ello con condena a la parte demandada, por la indebida aplicación de la cláusula suelo, año comercial y comisión de apertura de:

"(...)A) La cantidad de 6.645,82 euros, más los intereses legales, y, condenando igualmente a recalcular y rehacer los cuadros de amortización del préstamo suscrito, detrayendo el importe de 2.704,07 euros, correspondiente al capital que debió efectivamente ser amortizado.

B) Subsidiario de lo anterior, para el caso que se acuerde la licitud de la cláusula de referenciación del tipo de interés al IRPH, la cantidad de 2.796,73 euros, más los intereses legales, y, condenando igualmente a recalcular y rehacer los cuadros de amortización del préstamo suscrito, detrayendo el importe de 583,99 euros, correspondiente al capital que debió efectivamente ser amortizado(..)"

En fundamento de sus pretensiones la demandante alega, en síntesis:

1.- Intervino en el contrato como consumidora. Formalizo el préstamo hipotecario destinando el capital obtenido (115.837,41€) a financiar la compra de su vivienda habitual.

2.- El préstamo hipotecario se contrató por un plazo de 35 años, con devengo de un tipo de interés fijo del 3,75% hasta el 4.11.2007 y variable a partir de esa fecha referenciado a "IRPH Conjunto Entidades" + 0,25 puntos con tasa de bonificación y un límite mínimo del 3,90%. Como índice sustitutivo se estipuló el "IRPH Bancos".

3.- El índice de referencia y la cláusula suelo son condiciones generales de la contratación que se insertaron por la entidad bancaria en el contrato con falta de transparencia. Se incluyen de forma farragosa y sin advertencia en la escritura, de forma que su redacción las hace ilocalizables.

No se informó por la entidad bancaria de la dimensión de la cláusula suelo.

No se realizaron simulaciones de escenarios diversos con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

No se informó, de forma previa y comprensible, sobre el coste comparativo con otras modalidades del préstamo.

4.- La estipulación 3.6, que toma como base el año comercial de 360 días para las liquidaciones de los intereses remuneratorios no supera el control de transparencia, porque no





se informó adecuadamente al consumidor/ prestatario de las consecuencias económicas negativas y su inserción es abusivo porque carece de justificación. No hay motivo para que no se utilice el año natural y causa desequilibrio en perjuicio siempre del prestatario.

5.- La cláusula de comisión de apertura supuso el pago de una cantidad única de 1.447,96€ que resulta abusiva porque no responde al pago de un servicio efectivamente prestado por la entidad.

6.- La cláusula de vencimiento anticipado permite en el apartado 7.1.1 resolver anticipadamente el préstamo hipotecario por falta de pago a su vencimiento de cualquier cuota del préstamo, por cual es abusivo al consumidor.

7.- La demandante abono las cuotas del préstamo hipotecario hasta el mes de abril de 2013, que no pudo hacerle frente debido a la aplicación de la cláusula suelo y al IRPH

La entidad bancaria demandada opone, en síntesis:

1.- Sobre la cláusula suelo:

- Es transparente. Tiene una redacción clara y fácilmente comprensible, en epígrafe independiente y destacado. No es abusiva, se evita la distorsión que puede suponer la oferta con un techo. La demandantes dispuso de información sobre esta cláusula y el Notario recogió advertencias sobre la misma en la escritura.

2.- Sobre la comisión de apertura:

- Forma parte del precio y no es susceptible de control de contenido. Es transparente.

- No es abusiva. Responde a un servicio efectivamente prestado por el banco para analizar la viabilidad del préstamo hipotecario.

3.- Respecto a la cláusula "base 360":

- Es válida. No hay regulación que contravenga su utilización, por lo que prima la voluntad de las partes pactada en el contrato.

4.- Sobre la cláusula IRPH:

- La STS nº 669/17, de 14 de diciembre le reconoce su validez y mantiene que solo cabe realizar el control de inclusión, que se supera.

5.- Sobre los efectos restitutorios:

- Se impugnan los cálculos realizados por la actora por aplicación de la cláusula suelo.





- No se aporta factura ni justificante alguno acreditativo de haber pagado los 1.447,96€ de comisión de apertura.

6.- Procede la compensación de deudas de art. 408 LEC, deduciendo de lo que deba abonar el banco las cantidades que adeuda la demandante desde abril de 2013 por cuotas impagadas.

7.- La cláusula de vencimiento anticipado es válida, legal y no es abusiva.

**SEGUNDO.- La condición de consumidora de la prestataria. La naturaleza de condiciones generales de contratación de las cláusulas impugnadas.**

No se discute por la entidad bancaria demandada que la demandante D<sup>a</sup> ; intervino en el préstamo hipotecario como consumidora, al haber destinado el capital obtenido a financiar la compra de su vivienda habitual, por lo que en el examen de validez de las cláusulas impugnadas es aplicable - por la fecha de la contratación- la Ley 26/1984, de 119 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios(LGDCU art. 1.2) y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores( art. 2b).

Tampoco se discute que las cláusulas que se solicita en demanda que se declaren nulas (IRPH, suelo, año comercial, comisión de apertura y vencimiento anticipado) son condiciones generales de la contratación, a las que les resulta de aplicación la Ley 1/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación( LCGC, art.1).

**TERCERO.- El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación.**

En la Directiva 93/13/CEE, al establecer el control al que están sometidas las condiciones generales de la contratación, se distingue entre cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato y cláusulas que afectan a elementos accesorios.

El art. 4.1 establece: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de un cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran e su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

El art. 4.2 señala: "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".





El art. 5 dispone: "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. "

Finalmente, el vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica: "(...) los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor".

De la regulación de estos preceptos y su desarrollo por las normas nacionales, así como los pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE y del TS, se distinguen:

Un control de inclusión o incorporación de las condiciones generales al contrato, que es aplicable a cualquier contrato en el que se utilicen condiciones generales de la contratación con adherentes sean o no consumidores y al se refieren los art. 5 y 7 LCGC.

Un control de transparencia material o también llamado de "comprensión real" de las consecuencias de la condición general de la contratación, que solo es propio de la contratación con consumidores (art.80 TRLGDCU).

Por último, un control de contenido o abusividad (art. 3.1 Directiva 93/13 y art. 82 TRLGDCU) reservado también a los contratos celebrados con consumidores y que se centra en analizar si la cláusula es contraria a la buena fe y produce desequilibrio en las prestaciones( STS 367/2016, 3 de junio, 30/2017, de 18 de enero, 41/2017, de 20 de enero, 57/17, de 30 de enero, 587/ 2017, de 2 de noviembre,639/2017,de 23 de noviembre, 872018, de 10 de enero, 314/2018, de 28 de mayo, y otras posteriores).

La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en el art. 5, conforme al cual:

- a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.
- b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no hay informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.





d) *La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.*

A su vez, a tenor del art. 7: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales que:

a) *El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

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

Las STS nº 314/2018, de 28 de mayo y 57/2019, de 25 de enero señalan que, en la práctica, se aplica en primer lugar un filtro negativo que es el del art. 7 LCGC, que consiste en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato y, si se supera, es necesario pasar un segundo filtro positivo, que es el del art. 5.5 y 7 de la LCGC, y que hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos con consumidores debe aplicarse un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene como objeto que el consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que 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, como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución y desarrollo del contrato (STS nº 241/2013, de 9 de mayo), para lo que es consolidada doctrina jurisprudencial del TJUE y del TS, la que concluye que cobra relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual puesta a disposición del adherente consumidor por parte del predisponente porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. (STS nº 593/2017, de 7 de noviembre, 353/2018, de 13 de junio o 433/2019, de 17 de julio, entre otras.

La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, declaró, al referirse al control de transparencia material:

*“44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato,*





de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información. "

En las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato debe controlarse su claridad y comprensión y sólo en el caso de que no sea transparente podrá entrarse en el control de contenido o abusividad. No obstante, en el supuesto de que la cláusula afecte a elementos accesorios, al no estar comprendida en el art. 4.2 de la Directiva 93/13, para poder realizar un control de contenido de su equilibrio no es necesario que la cláusula no sea transparente. Es decir, la gran diferencia con cláusulas que afectan a elementos esenciales con las que afectan a elementos accesorios es que en estas últimas puede que la cláusula supere el control de incorporación y el control de comprensión real o transparencia material pero, aun así, pueda y deba entrar a analizarse su abusividad, examinando su contenido en orden a determinar si es contraria a la buena fe y produce desequilibrio en las prestaciones.

#### **CUARTO.- La cláusula de tipo de referencia IRPH.**

La cláusula 3ª, apartado 3.2.1. establece: " A estos efectos, se establece como tipo de interés de referencia el **Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del Conjunto de Entidades de crédito** y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencial oficial, definido en el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España"

Y el apartado 3.2.2. expresa: " En el caso eventual de que dicho tipo de interés de referencia dejara de publicarse definitivamente, se, se aplicará como índice sustitutivo el **Tipo medio de los préstamo hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por Bancos** y publicado mensualmente en el B.O.E. como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 1 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España. "

#### 1.- Normativa sobre el índice IRPH.

La parte demandante alega que la cláusula contractual que regula el índice de referencia IRPH, tanto el principal como el sustitutivo, se impuso en el contrato por la entidad bancaria con falta de transparencia lo que provoca- a su entender- que se induzca a "error al prestatario cliente bancario sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable lo sea a un tipo superior que si lo hubiera hecho al Euribor."

La demandada sostiene que el IRPH Entidades es un índice oficial publicado en el BOE y es el índice que se estableció







como válido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

Para entender el modo en que ha de efectuarse el control de las condiciones generales que fijan como índice de referencia el IRPH ha de realizarse una breve referencia al origen de este.

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el contrato, diciembre del año 2006) habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales, entre otros índices, el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el IRPH Entidades, y dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE.

La OM de 5 de mayo de 1994 señalaba, en los apartados 2 y 3 de su art. 6, las obligaciones de las entidades bancarias para los casos, como el presente, en que empleasen tipos de interés variable diciendo:

*"2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:*

*a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.*

*b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.*

*»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:*

*1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.*

*2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden."*

A su vez, la cláusula 3 bis del anexo II de la Orden establecía:





ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

### «3. bis. Tipo de interés variable.

1. Definición del tipo de interés aplicable.-Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de: Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto. El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.”

Los índices IRPH-Cajas e IRPH-Bancos desaparecieron con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que en su Disposición Adicional decimoquinta estableció que debía sustituirse por el previsto como sustitutivo en el contrato (que en este caso es el IRPH-Bancos) o, de no contemplarse índice sustitutivo, por el IRPH-Conjunto de Entidades, que es el que se contempla, de forma principal, a aplicar en el préstamo hipotecario de este asunto.

### 2.- Control de transparencia de la cláusula IRPH.

El art. 1.2 de la Directiva 93/13 y el art. 4 de la LCGC excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, lo que incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.

La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020, dictada en el Asunto C-125/2018, que tiene por objeto resolver la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en auto de 16.02.2018( Marc Gómez del Moral-Bankia, s.a.),ha concluido que, a pesar de que el IRPH es un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la cláusula contractual que se refiere al mismo ha de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si supera el nivel de transparencia formal y material exigido. En este sentido señala la sentencia:

"48. Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro." y contesta indicando:





" 51. Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la **obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (...)**

52. Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, (LA LEY 6612/2015) C-143/13, EU:C:2015:127 (LA LEY 6612/2015), apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 46). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor **todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo.** Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 47 y jurisprudencia citada).

53. Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el





Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25%.

54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55. Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993), y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, **para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.** Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente





*asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés."*

De este modo el TJUE exige que para dar cumplimiento a las exigencias de transparencia, buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13, que el bando o entidad financiera correspondiente acredite haber facilitado al información que permita a un consumidor medio comprender las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato, concluyendo que, si bien los elementos principales del cálculo del IRPH resultan fácilmente asequibles "a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario" dado la publicación oficial del mismo, debe constar que la entidad bancaria facilitó al consumidor información sobre la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato y del último valor disponible.

### 3.- Examen de la transparencia de la cláusula en el caso.

En este caso la entidad bancaria demandada centra su defensa en la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial recogido en la legislación nacional publicado en el BOE y controlado por el Banco de España así como en la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, cuya jurisprudencia se cuestionó ante el TJUE con el planteamiento de la cuestión prejudicial. Sin embargo, a pesar del carácter legal del índice de referencia, la cláusula contractual en la que se inserta el índice, según ha concluido el TJUE, debe de superar el control de transparencia material, y en este caso no se acredita haberlo superado, dado que, aunque la cláusula trascrita de la escritura, sea formalmente clara y comprensible y el método de cálculo del IRPH puede ser consultado por la prestataria antes de contratar, al ser público debe constar que la entidad bancaria le hubiera informado a la demandante antes de contratar de la evolución que había experimentado el IRPH los dos años naturales anteriores a la contratación, esto es, en los años 2004 y 2005 y el último valor disponible, lo que no ha probado la entidad bancaria que no aporta a las actuaciones absolutamente ningún documento de información precontractual, como son el folleto informativo con las condiciones financieras del préstamo hipotecario que se va a contratar y la oferta vinculante.

En consecuencia, en aplicación de la citada jurisprudencia del TJUE, debe declararse la nulidad de pleno derecho, por abusiva por falta de transparencia, de la cláusula financiera 3ª,





apartados 3.2.1 y 3.2.3, regulando este último el índice sustitutivo que es, igualmente, el IRPH pero Cajas y no Conjunto de Entidades.

#### 4.- Efectos de la nulidad del IRPH.

En la cuestión prejudicial planteada al TJUE en el Asunto c-151/2018, se le preguntaba:

*"(...)que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, y en defecto de pacto en contrario entre las partes, el juez nacional sustituya tal índice por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses."*

A lo que el TJUE responde, entre otros extremos:

*"66 En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio."*

El contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula que establece el índice de referencia IRPH porque el prestamista es una entidad bancaria y no presta dinero sin coste alguno sino con el necesario pago de unos intereses como retribución al capital prestado. En consecuencia, y, dado que la nulidad del todo el contrato, obviamente, dejaría expuesto al consumidor a consecuencias más perjudiciales, como es el íntegro reintegro del capital prestado, lo procedente sería, según la solución del TJUE, acudir al índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La Disposición Adicional decimoquinta des esta norma establece el régimen transitorio para la desaparición de índices o tipos de referencia, y señala:

*"1. 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.

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. (...)”

Pues bien, en este caso la cláusula que se declara nula contempla el IRPH conjunto del Entidades, que es el que esta Disposición Adicional contempla como aplicable en ausencia en la escritura de índice de referencia sustitutivo y la que se contempla como sustitutivo en la cláusula 3.2.3. es el IRPH Cajas, que desapareció con la Ley 14/2013. En consecuencia, la solución pasa, como realiza la parte actora, por sustituir el índice IRPH nulo por el índice de referencia EURIBOR.

#### **QUINTO.- Cláusula de limitación mínima a la variabilidad de intereses o cláusula suelo.**

La cláusula a analizar es la contemplada en la cláusula 3ª, apartado 3.3 de la escritura, que establece:

**“Límite a la variación del tipo de interés aplicable.-** No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del **TRES CON NOVENTA POR CIENTO**”.

#### **1.- El doble control de transparencia de la cláusula.**

La cláusula suelo define el objeto principal del contrato, es decir, afecta a un elemento esencial como es el precio por lo que no es susceptible del control de abusividad de su contenido. Sin embargo, el Pleno del TS desde la sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo concluyó que ello no supone que el sistema no la someta al doble control de transparencia.





En el examen del primer control de incorporación de la cláusula suelo el filtro negativo del art. 7 LCGC consiste en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer, al tiempo de la celebración del contrato, si existía en el mismo. El TS en la sentencia nº 241/13(a la que siguió, entre otras, la STS nº 314/2018, de 28 de mayo) consideró suficiente para estimarlo superado que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el adherente el contenido de la cláusula, con independencia de que realmente lo hubiera conocido y entendido, pues esto último está relacionado con el control de transparencia material no con el de inclusión.

El TS ha venido sosteniendo de forma constante(STS nº 688/2015, de 15 de diciembre, nº 402/2017, de 27 de junio, entre otras posteriores) que: " la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que verse el contrato, y, más en concreto de la cláusula controvertida", depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual.

No obstante, en la contratación con consumidores el control de transparencia de la cláusula suelo no se agota con el mero control de incorporación, sino que supone facilitar al consumidor un plus de información previa que le permita tener una comprensibilidad real de la carga jurídica y económica que le supone.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016( Asunto C- 154/15, Gutiérrez Naranjo y otros) reconoció que el requisito de transparencia material de las condiciones generales de la contratación, en cuanto exigencia al profesional que las haya predispuesto de informar al consumidor de sus consecuencias jurídicas y económicas en el régimen del contrato, aparecía ya integrado en el contenido del art. 4.1 de la Directiva 93/13, y así señala:

*"47. Con carácter preliminar, procede entrar a examinar la alegación del Gobierno español, de Cajasur Banco y del Banco Popular, según la cual la cuestión de los efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula como las cláusulas controvertidas en los litigios principales no está incluida en el ámbito de la aplicación de la Directiva 93/13, habida cuenta de que, al efectuar un pronunciamiento, el Tribunal Supremo garantizó a los consumidores un nivel de protección más elevado que el que garantiza la propia Directiva.*

*48. A este respecto, es cierto que de los autos de remisión se desprende que, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo, para justificar un control del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas, relativas al objeto principal de los contratos de que se trataba, interpretó la exigencia de transparencia a que se refiere el*







artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva en el sentido de que tal exigencia no se circunscribía a la transparencia formal de las cláusulas contractuales, que implica el carácter claro y comprensible de la redacción de éstas, sino que se hacía extensiva a la observancia de la transparencia material, que implica que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual.

49 No obstante, tal como observa el Abogado General en los puntos 46 a 50 de sus conclusiones, el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible».

50 Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU: C: 2013:180, apartado 44).

51 Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular. "

De este modo, el TS en la sentencia nº 241/13 delimito los parámetros para considerar que la cláusula no es trasparente, siendo cuando:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del contrato( precio).
- b) Se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma.
- c) No existe simulación alguna de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar.
- d) 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.

e) Se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, de forma que no puede valorar su importancia,

En esta última línea el TS advierte que estas cláusulas "no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificulten su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante. "

Los criterios citados no constituyen un catálogo exhaustivo de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra, ni tampoco la presencia aislada de alguna de ellas es necesariamente condición suficiente para que deba considerarse no transparente una cláusula suelo, como precisó el TS en su auto de 3 de junio de 2013, aclaratorio de la sentencia nº 241/13, de 9 de mayo 2013. Y es que, en la contratación con consumidores, la finalidad y razón de ser del control de transparencia es, como señaló la STS nº 171/2017: "(...) que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. (...) Por eso, el control de transparencia a la postre supone 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".

Y así, del consolidado cuerpo de jurisprudencia creado sobre la materia, el TS alcanza varias conclusiones sobre el control de transparencia material, que se resumen en:

El hecho de que la condición general en la que se contiene la cláusula suelo sea clara, concreta y sencilla es relevante para que la misma pueda considerarse incorporada al contrato pero no basta para considerar que la condición general sea transparente (STS 5 de abril 2018).

Tampoco es bastante para afirmar que la cláusula es transparente el solo cumplimiento de los requisitos previstos





en la normativa administrativa bancaria con la entrega del folleto informativo, la oferta vinculante y la puesta a disposición del borrador de la escritura para su examen (Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y desde el 29.04.2012 la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios, ex STS 9 de mayo de 2013 y STS de 23 de diciembre de 2015), así como tampoco la utilización de negrilla en algunos pasajes de la cláusula cuando ese recurso tipográfico se utiliza con carácter general en otras cláusulas y apartados de la misma escritura (STS 1 de febrero de 2018).

No basta tampoco la información que se le proporcione al consumidor en el momento de otorgar su consentimiento contractual, aun cuando ésta se incluyera en la escritura pública en la que se formalizó el contrato, ya que, en función de esa finalidad de transparencia, la lectura de la escritura pública por parte del Notario y, en su caso, el contraste con las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo, no suplen por sí solos su cumplimiento. En este sentido, destacan las STS nº 464/2013, de 8 de septiembre, nº 367/2017, de 8 de junio y 36/2018, de 4 de enero, ya que "aunque en ese momento la consumidora pudiera ser consciente, merced a cómo se redactó la cláusula, de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo, no tenía margen de maniobra para buscar otro tipo de financiación, con la misma o con otra entidad, sin frustrar la compra concertada para ese día. Es por ello que la información precontractual cumple una función tan relevante. (...) Bastaba que se acreditara que la información contenida en la cláusula "TERCERA bis" le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, para que hubiera decidido optar por esa concreta financiación con conocimiento del efecto que sobre el precio del préstamo podía operar la limitación del interés variable por debajo."

Esta información debe ser comunicada y explicada al prestatario con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura, "... que es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de la escritura pública de préstamo hipotecario" (STS de 29 de enero de 2018).

En definitiva, conforme a este más que consolidado cuerpo de doctrina jurisprudencial, es preciso que, con una antelación suficiente a la firma del contrato, se facilite al consumidor la información relativa a la cláusula suelo, remarcando que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, de modo que, un consumidor informado, pueda con carácter previo a la formalización de la escritura, no solo conocer su existencia, sino su trascendencia y alcance y así poder comparar las distintas ofertas, y para ello, como ha señalado la STS nº 12/ 2020, de 15 de enero: "el incidir en que la cláusula está enmascarada entre un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificultaría su efectivo





ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

*conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, o a la falta de información previa, o a la insuficiencia de las advertencias notariales por no incorporar a la escritura la oferta vinculante, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Esto es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.”*

## **2.- Control de transparencia en el caso.**

En esta caso la cláusula suelo supera el primer control de incorporación al contrato porque puede concluirse que la prestataria adherente tuvo oportunidad de conocer (al margen de que lo hubiera conocido) que en el contrato existía un límite mínimo del 3,90%, ya que la cláusula está incluida en la escritura. Tiene una redacción clara, sencilla y gramaticalmente comprensible y está sistemáticamente ubicada en la cláusula relativa a los “intereses” a continuación de las explicaciones sobre el diferencial y las distintas tasas de bonificación como límite al mismo y se inserta en un apartado separado, con un título destacado y subrayado y que responde a su contenido (“Límite a la variación del tipo de interés”). Ahora bien, esto no basta para superar el segundo control de transparencia material en la contratación con consumidores, y al respecto debe de tenerse en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, a pesar de que se ha concluido que la cláusula es formalmente transparente, se advierte que en el conjunto de la escritura recibe un tratamiento impropio secundario, a pesar de que afecta a un elemento esencial del contrato, dado que, aunque al préstamo hipotecario le es aplicable la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 1) y que el notario hizo constar al final de la misma una serie de advertencias, relativas al cumplimiento de la normativa de transparencia bancaria, no realizó advertencia alguna sobre la inserción en la escritura de un límite mínimo o a la baja del tipo de interés variable.

En segundo lugar, la entidad bancaria estaba preceptivamente obligada a entregar a la prestataria demandante, con carácter previo a la formalización de la escritura, folleto informativo con las condiciones financieras de la escritura así como oferta vinculante y- como se ha expuesto en el F.J. anterior- no existe trasto documental alguno de que se le hubiera entregado a la actora este tipo de información precontractual escrita, pues ni se deja constancia en la escritura notarial de la existencia de una oferta vinculante ni se aporta por la entidad bancaria al procedimiento.

En tercer lugar, no consta acreditado tampoco que los empleados bancarios hubieran facilitado a la prestataria en la sucursal bancaria algún tipo de información verbal o escrita informándole de la evolución de los tipos de interés pactado, en este caso del IRPH ni simulaciones de la cuota a pagar en





el caso de aplicar el índice de referencia con el diferencial y el límite mínimo o suelo, que es lo que le hubiera permitido a la prestataria, comprender, de forma sencilla la carga económica que le implicaba la inclusión de ese límite mínimo en el contrato.

Todo lo expuesto permite concluir que la cláusula suelo no supera el control de transparencia material y, declarada la misma, la jurisprudencia del TS, de las que son exponente las STS 138/2015, de 24 de marzo, 334/2017, de 25 de mayo y 38/2018, de 24 de enero, entre otras, ya expresó que *"La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado."*

### **3.- Efectos de la nulidad de la cláusula suelo.**

La nulidad de pleno derecho supone (ex art. 8 LCGC y 10 LGDCU, en relación con el art. 6.1 de la Directiva 93/13) que la cláusula suelo contenida en el contrato se tiene por no puesta se expulsa del mismo, que mantienen su validez sin el citado límite mínimo (art. 10 LCGC).

La nulidad de la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés supone su expulsión del contrato, de forma tal que no puede producir efecto alguno en el patrimonio del prestatario. El consumidor debe ser restablecido en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula.

Por efecto de la nulidad de la cláusula debe restablecerse al consumidor en la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría de no haber existido la cláusula nula (STJUE de 21.12.2016, Asuntos acumulados C- 154/15, C- 307/15 y C-308/15). Al determinar los efectos jurídicos de la declaración de nulidad ha de tenerse en cuenta la equiparación de la norma de derecho europeo con las de carácter imperativo de derecho necesario (STJUE 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014).

En nuestro ordenamiento jurídico para restablecer al consumidor en la situación patrimonial que tendría de no haber existido la cláusula suelo nula debe acudirse al art. 1303 del Cc, según el cual: *"declarada la nulidad de una obligación los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses"*.

Teniendo en cuenta este precepto para resolver la cantidad que procede reintegrar a los actores debe analizar la validez o nulidad de la siguiente cláusula impugnada en la demanda, al





afectar a la liquidación de los intereses remuneratorios cobrados en exceso.

**SEXTO.- Cláusula de "base 360 días" o cálculo de intereses sobre el "año comercial".**

Procede examinar la cláusula financiera 3ª, apartado 3.6 de la escritura, que señala:

**Número de días del año para periodos de liquidación inferiores al año.-** *Para realizar el cálculo de intereses devengados durante periodos inferiores a un año se considerará que el año tiene 360 días. "*

La parte demandante sostiene que esta cláusula no es transparente, al no haberse informado adecuadamente al consumidor prestatario de las consecuencias económicas negativas y resultar una práctica que genera desequilibrio, porque sin justificación, se realiza una "especie de redondeo a la baja" en detrimento del consumidor.

Nuestra jurisprudencia ha venido considerando que la cláusula relativa a la fórmula de liquidación de los intereses tomando como referente el año comercial de 360 días en lugar del año natural de 365 o 366 no tiene ningún fundamento normativo y resulta abusiva al consumidor si comporta un encarecimiento de los intereses del préstamo a cargo del prestatario y un beneficio injustificado para el prestamista (Autos AP Pontevedra, secc. 6ª de 13.01.2015 o 16.12.2015 y sentencias secc. 1ª de la misma AP de 38.06.2017, 30.06.2017 o 29.11.2017, entre otras).

En la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009 se cuestionó esta práctica, y se dice:

*" El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente: "[...] el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un "uso bancario", establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que "la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario". Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas*





conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos."

Además, como expone la secc. 1ª de la AP Pontevedra en su sentencia de 30.06.2017, con reproducción de la de 5.05.2014 "(...) la cláusula tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no. "

Con esta práctica, dado que en la fórmula para calcular intereses ( $\text{intereses} = \text{capital} * \text{rédito} * \text{tiempo} / 360$ ) se usa en la variable "tiempo" del numerador el año real (365 días) mientras que en el denominador se señalan 360 días (365/360) se produce un incremento sobre el tipo de interés contractual, por consiguiente, se pagan 5 días de intereses de más sobre los efectivamente devengados en el año. En definitiva, para calcular los intereses anuales que se van a cobrar, y que se reparten en 12 recibos del año, se aplica una fórmula que divide el producto del capital pendiente y el rédito por el número de días según años comerciales (360 días), pero luego la entidad pasa los recibos por el número de días según años naturales (365 días), de modo que al hacer la división por 360 pero la multiplicación por los días reales del mes, o sea 365 anuales, se ganan exactamente 5 días con estos cálculos a favor del banco por cada año de vigencia de la hipoteca, lo que carece de justificación.

Analizada la cláusula contractual en la escritura si bien supera el canon de inclusión, no ocurre lo mismo con el de transparencia o comprensión de la carga económica, ya que es muy difícil, salvo si el consumidor medio tiene conocimientos de matemática financiera (lo que no consta) que el prestatario pueda apreciar esta práctica como abusiva, ya que está camuflada mediante un sistema de amortización basado en días, esto es, lo que el deudor paga en una cuota idéntica mes a mes. Esta circunstancia hace muy complicado saber que le está detrayendo más dinero del que deberían, y no consta que en este caso la prestataria demandante hubiera sido adecuadamente informada de las consecuencias económicas que tenía liquidar intereses aplicando esta cláusula. Todo lo cual supone una falta de transparencia que debe ser calificada como abusiva y que





genera desequilibrio en perjuicio del consumidor porque, como se aprecia en el informe pericial realizado por el perito economista D. Rubén Alfonso Armenteros Rodríguez el 4 de marzo de 2018, que ratificó en juicio, al tomar como base el año comercial de 360 días en lugar de 365 días la actora pago cuotas junto con la cláusula suelo en exceso 1.348,77€ de más, siendo imputables a la aplicación de la cláusula 360 días una diferencia a favor del banco de 23,51€ a ser el resto consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo. Aun cuando la diferencia no sea cuantitativamente muy importante es mayor a lo largo de todos los 35 años de vida del préstamo hipotecario y, lo cierto, es que supone un encaramiento injustificado del coste del préstamo hipotecario siempre en perjuicio del consumidor y en exclusivo beneficio de la entidad bancaria.

Todo lo cual permite calificar la cláusula contractual como abusiva por falta de transparencia y causar desequilibrio en perjuicio del consumidor. En consecuencia, se declara nula de pleno derecho, se tiene por no puesta y expulsa del contrato con todos los efectos legales inherentes. (art. 83 TRLGDCU)

#### **SÉPTIMO.- Cláusula de comisión de apertura.**

La cláusula 4ª, apartado 4.1 de la escritura señala:

*"Comisión de apertura. Este préstamo, que es de carácter mercantil, devenga una comisión de apertura de **MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE EUROS Y NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS**, la cual se liquidará y adeudará de una sola vez. Esta comisión de apertura se adeudará en la cuenta de la parte prestataria a la formalización de la presente escritura. "*

La parte demandante sostiene que la cláusula es nula por abusiva al consumidor, al no responder a servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria.

Es aplicable la jurisprudencia fijada por el Pleno del TS en su sentencia de nº 44/ 2019, de 23 de enero, en la que, justificando el interés casacional del recurso, al existir resoluciones contradictorias de las Audiencias provinciales, declaró que la cláusula de comisión de apertura forma parte del precio del contrato y que no es abusiva si supera el control de transparencia.

En esta sentencia el Pleno de la Sala 1ª del TS señala:

*"No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad*







financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10.- No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11.- Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

12.- La normativa posterior a la concesión del préstamo objeto de este litigio, que ha supuesto un progreso en la protección del cliente bancario, ha previsto también la existencia y licitud de esa comisión de apertura.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, contiene una regulación de la comisión de apertura en términos prácticamente idénticos a los de la Circular 8/1990.

Y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, prevé:

"En el apartado "Otros componentes de la TAE" se enumerarán todos los demás gastos integrados en la TAE, incluidos los que deben abonarse una sola vez, como las comisiones de administración, y los gastos recurrentes, como las comisiones de administración anuales".

Y se continúa expresando:





" La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura."

La sentencia del TS expresa que la normativa que regula la comisión de apertura no exige que la entidad pruebe la realización de todas esas actividades ni su coste, y que el hecho de que se trate de gestiones necesarias a su actividad no impide que se pueda configurar el precio de sus servicios mediante esta comisión y el interés remuneratorio. Y es que la propia normativa que regula la materia configura la comisión de apertura como la que se percibe por actuaciones "inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito", por ello sería contrario a esa normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura con el argumento de que se retribuyen actividades inherentes al servicio bancario que se presta.

Rechaza la sentencia el argumento para declarar la abusividad relativo a la falta de proporcionalidad entre el importe de la comisión de apertura y el coste que para la entidad financiera supone la realización de esas gestiones iniciales, señalando:

"20.- Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es "proporcionado" al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el art. 4.2 de la Directiva 93/13, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática.

Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.





Al formar parte integrante del precio, la comisión de apertura está excluida del control de contenido, no pudiendo hacer el Juez un control de precios, anulando una cláusula que establece el precio por resultar desproporcionado a la prestación, por excluirlo el citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE.

Y concluye dicha resolución:

"La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la "comisión de riesgo" objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobra de un interés remuneratorio, pero no configura coma abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo".

Únicamente podía declararse la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, y en la sentencia analizada el Tribunal Supremo consideró que no se suscitaban dudas de transparencia porque:

"es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

Aplicando la doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno del TS en la citada sentencia al presente caso, debe declararse la validez de la cláusula de comisión de apertura.

**OCTAVO.- Cantidad a reintegrar. Compensación de deudas.**





La parte actora solicita que por indebida aplicación de la cláusula IRPH, suelo y año comercial de 360 días, se condene a la entidad bancaria a reintegrarle, de forma principal, 5.197,86€, más intereses legales, así como a la obligación de hacer consistente en recalcular y rehacer el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, detrayendo de su importe (del saldo pendiente) 2.704,07€, correspondiente al capital que debió de ser amortizado por la aplicación de la cláusula suelo.

Todo lo cual justifica con la aportación a su demanda de informe pericial realizado

La entidad bancaria no está conforme con la cantidad a reintegrar y en su contestación a la demanda anunciaba la aportación de una liquidación en otro momento procesal, que no realizó en la audiencia previa. En la contestación a la demanda opone la procedencia de aplicar la compensación de deudas(art. 408 LEC) descontando de la cantidad reintegrar el importe de las cuotas de la hipoteca que la actora no pago desde el mes de abril del año 2013.

La parte demandante no se opone a la compensación de deudas, y así lo tiene en cuenta el perito en los cálculos que realiza en su informe pericial al suprimir la cláusula IRPH, suelo y de año comercial, en el que alcanza como conclusión que en una situación normal de pago de las cuotas desde la firma del préstamo hasta la fecha de su informe( 4/3/2018) se habrían abonado cuotas por un total de 67.037,47€ mientras que de no haberse aplicado las cláusulas las cuotas abonadas habrían ascendido a 53.649,17€ , con lo que se habrían pagado cuotas en exceso en la cantidad de 13.388,30€. Ahora bien, el perito señala que, dado que incumplió desde el 4 de abril del año 2013 su obligación de pago las cuotas de la hipoteca, las cuotas reales abonadas en exceso por aplicación de la cláusula suelo ascenderían a 39.486,60€ mientras que, de no haberse aplicado las cláusulas impugnadas, se habrían abonado cuotas por importe de 34.288,74€, con lo que concluye el perito que lo abonado en exceso se ve reducido a la cantidad de 5.197,86 de más a reintegrar a la actora.

Además, en el informe pericial se concluye que, al haber impagado la actora cuotas del préstamo hipotecario, el capital real amortizado asciende a 10.176,42€ pero que, de no haberse aplicado la cláusula suelo, IRPH y el año comercial, se habría amortizado capital en el importe de 12.880,49€, por lo que estaría debiendo al banco 2.704,07€, que es el saldo amortizado de más que debería detraer la entidad bancaria demandada del efectivamente amortizado.

La entidad bancaria demandada impugna los cálculos realizados por el perito pero no aporta ninguna liquidación alternativa que los rebata





Para examinar la corrección de los cálculos realizados por el perito deben tenerse en cuenta las siguientes características del préstamo hipotecario, que se desprenden de la escritura:

- Capital: 115.837,41€.
- Plazo de amortización: 35 años.
- Pago 1ª cuota: 4.02.2007.
- Tipo de interés fijo inicial (hasta 4.11.2007): 3,75%.
- Tipo variable: IRPH Conjunto de Entidades+ 0,25 puntos, con tasa de bonificación.
- Tipo mínimo o suelo: 3,90%
- Fecha de revisión del tipo de interés: noviembre.
- IRPH a aplicar: El publicado en el BOE al día uno del mes anterior.
- Sistema de amortización: Francés.

De las tablas adjuntas como anexos al informe pericial cotejadas con el extracto del cuadro de amortización aportado a la demanda se desprende que el tipo mínimo del 3,90% se aplicó desde la cuota 35(4.12.2009) hasta la 109(04/02/2016), ambas inclusive. La eliminación del IRPH supone la sustitución por el EURIBOR y, de la tabla octava del informe pericial( en la que el perito indica que elimina el suelo y aplica el Euribor) y la consulta efectuada por esta juzgadora a los distintos BOES( que no aporta el perito en su informe) se desprende que desde la cuota 35 a la 109 está aplicando el EURIBOR correspondiente al mes de septiembre de cada año y no el que indicó el perito en juicio del mes de diciembre, y así se aprecia, por ejemplo, en el año 2009 en el que el perito aplica el tipo de interés del 1.511% que es el resultado de añadir el diferencial del 0,25% al EURIBOR de septiembre del 1,261%(  $1,261\%+0,25\%= 1,511\%$ ) y lo mismo realiza en los años siguientes hasta la cuota de febrero del año 2016. El EURIBOR correcto según los términos de la escritura es el aplicado en el informe pericial de septiembre, no el que indicó el perito en juicio.

En consecuencia, dado que no se incorrección en los cálculos y que el banco demandado tampoco aporta una liquidación alternativa que los rebata, debe estimarse procedente reintegrar a la parte demandante las cantidades reclamadas en demanda que ya incluyen la compensación de las cuotas impagadas por la actora y cuya incorrección no ha sido impugnada por el banco por lo que se parte de que las deducidas por el perito en el informe pericial son las correctas.

El principal a reintegrar devenga intereses legales desde la fecha de cada cobro indebido, generándose desde sentencia hasta el completo pago los intereses moratorios del art. 576 LEC.

#### **NOVENO.- Cláusula de vencimiento anticipado.**

Por la parte actora solicita que se declare nula de pleno derecho la cláusula 7ª de la escritura, relativa al





vencimiento anticipado, que regula una multiplicidad de supuestos pero que, a pesar de la redacción del suplico (pidiendo genéricamente la nulidad de la toda la estipulación) de los términos de los alegatos fácticos de la demanda y las conclusiones orales efectuadas por la defensa letrada de la parte demandante, se desprende que, en realidad, limita su pretensión a declarar nulo el apartado 7.1.1, que señala:

**"Principales supuestos de vencimiento anticipado":**

*"No obstante la fecha de vencimiento establecida para este contrato en el apartado segundo de esta cláusula PRIMERA, se pacta expresamente que el prestatario perderá el derecho a utilizar el plazo y la Entidad acreedora podrá reclamar anticipadamente la devolución del capital prestado o, en su caso, de la parte del mismo no amortizada, intereses, demoras y demás gastos pactados, y exigir todo ello judicial o extrajudicialmente, ejercitando las acciones correspondientes, incluso, en su caso, la acción hipotecaria, en los siguientes supuestos:*

*"7.1.1. Por falta de pago a sus vencimientos de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses a que se refiere esta cláusula PRIMERA".*

El TJUE abordó la cuestión de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en su sentencia de 14 marzo 2013 (Asunto Ariz, C-415/11), concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos:

*" En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo " (Apto. 73).*

Esta doctrina se incorporó a nuestro ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modificó el at. 693 LEC, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para poder acudir a la ejecución hipotecaria.





La Sentencia del Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 corrobora el mismo criterio al concluir que una cláusula que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo debe reputarse abusiva, dado que el incumplimiento no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves y así señalo:

*"Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno(...) " - se refiere al artículo 693 de la LEC en su redacción inicial - continua diciendo: "(...) ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.*

En consecuencia, una cláusula como la transcrita que permite vencer el préstamo hipotecario de forma anticipada ante el impago de "cualquier cuota" de amortización de capital y/ o intereses, es decir, incluso ante un impago parcial de una parte de una cuota resulta manifiestamente abusiva al consumidor por desproporcionada, ya que no se vincula con un incumplimiento esencial sino incluso accesorio y no se ajusta en abstracto- al margen de que el banco la haya llegado o no a aplicar- a parámetros cuantitativos y temporales en función de la duración del préstamo hipotecario y la gravedad del incumplimiento.

Por todo ello, conforme a los artículos 85.4, 87 y 88 del TRLGDCU) y art. 3 de la Directiva 93/13, la cláusula debe ser declarada nula de pleno derecho, tenerla por no puesta y expulsarla del contrato, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración.

#### **DÉCIMO.- Costas procesales.**

La estimación de la demanda es parcial, dado que no se estima la procedencia de declarar la nulidad de la cláusula de comisión de apertura y, en consecuencia, el reintegro del importe que se alega en demanda que se pagó por este concepto (1.447,96€), cuya reclamación se mantiene también en la pretensión subsidiaria.

Por todo lo cual, con arreglo al art. 394.2 LEC, no procede efectuar pronunciamiento en costas procesales.





Visto los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que debo **estimar y estimo parcialmente** la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Vidal Ruibal, actuando en la representación procesal de D<sup>a</sup> [redacted] contra la entidad bancaria [redacted], y, en consecuencia, en la escritura de préstamo hipotecario formalizada entre las partes el 14 de diciembre de 2006 ante el Notario de Vigo D. Cesar Cunqueiro González- Seco, con nº 3.835 de su protocolo:

**1.- DECLARO nulas de pleno derecho**, por abusivas al consumidor las siguientes cláusulas:

- **Cláusula financiera 3<sup>a</sup>, apartado 3.2.1**, en la que se establece como índice de referencia el Tipo máximo de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de Crédito (**IRPH Conjunto de Entidades**), y su índice sustitutivo (IRPH CAJAS), previsto en el apartado 3.2.3 de la misma cláusula.

- **Cláusula financiera 3<sup>a</sup>, apartado 3.3.**, en la que se establece el tipo mínimo a la variabilidad del tipo de interés o **cláusula suelo del 3,90%**.

- **Cláusula financiera 3<sup>a</sup>, apartado 3.6**, en la que se establece, que para realizar el cálculo de intereses devengados durante periodos inferiores a un año, considera que el **año tiene 360 días**.

- **Cláusula 7<sup>a</sup>, apartado 7.1.1.**, sobre supuesto de vencimiento anticipado " *Por falta de pago a sus vencimientos de cualquier cuota de amortización de capital y/o intereses a que se refiere esta cláusula PRIMERA*".

Todas las cuales se tienen por no puestas y eliminan del contrato, que mantiene su validez, sin las mismas, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración.

**2.- CONDENO** a la entidad bancaria [redacted], a reintegrar a la demandante por indebida aplicación de la cláusula IRPH, suelo y año comercial el principal de **CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE EUROS Y OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS (5.197,86€)**, más los intereses legales devengados por este importe desde la fecha de cada cobro indebido de la cláusula suelo, generándose desde sentencia hasta el completo pago los intereses moratorios del art. 576 LEC.

**3.- CONDENO** a la entidad bancaria [redacted] a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su formalización detrayendo del saldo pendiente de amortizar el importe de **DOS MIL SETECIENTOS CUATRO EUROS Y**







**SIETE CÉNTIMOS (2.704,07€), correspondiente al capital que debió de ser amortizado si aplicación de las cláusulas nulas.**

Todo ello sin pronunciamiento en costas procesales.

Notifíquese la sentencia a las partes y, firme, procédase de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia a remitir mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción (art. 521.4 LEC).

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta sentencia cabe interponer **recurso de apelación** en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, ante la Audiencia Provincial de Pontevedra.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

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

**LA MAGISTRADA**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

