

**Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers**

Calle Josep Umbert, 124, planta 4a - Granollers - C.P.: 08402

TEL.: 936934585

FAX: 936934582

EMAIL: instancia3.granollers@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120168112451

Procedimiento ordinario

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Granollers

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBA

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Concepto: Nº Cuenta

Concepto: Nº Cuenta

Letrado/a: [Firma]

Procurador/a: [Firma]

Abogado/a: [Firma]

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO

VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

Procurador/a: [Firma]

Abogado/a: [Firma]

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 3 DE GRANOLLERS****Procedimiento: Juicio Ordinario núm.****SENTENCIA Nº**

En Granollers, a 17 de enero de 2018.

Habiendo visto y oído D. SEBASTIÁN CEREZO CANO, Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granollers, la presente demanda de Juicio Ordinario registrado bajo el núm. [Falta de datos] interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. [Falta de datos] actuando en nombre y representación de D. [Falta de datos]

[Falta de datos], asistidos por el Letrado D. MARC CORTÉS FERNÁNDEZ, en sustitución del Letrado D. FERRÁN TEVA MONT contra la entidad financiera BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (en adelante BBVA), representada por el Procurador de Tribunales D. [Falta de datos] y asistida por el Letrado D. [Falta de datos] se dicta la presente resolución.

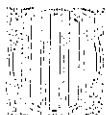
ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. [Falta de datos] actuando en nombre y representación de D. [Falta de datos] se presentó demanda

Signet per Cerezo Cano, Sebastian:

Doc. electrónico garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:

Data i hora 17/01/2018 13:45





de Juicio Ordinario contra la entidad financiera BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba solicitando que se dictara una Sentencia por la que: 1) Se declare la nulidad de la cláusula tercera bis (escritura de 9 de diciembre de 1998), por la que se regula el índice de referencia (principal y sustitutivo) aplicable en la segunda fase, sin que quepa reintegrar su contenido. Asimismo, se condene a la entidad demandada a eliminar la cláusula tercera bis, y se la condene a la devolución de las cantidades que se han cobrado indebidamente, en aplicación de dicha cláusula, y las que se cobren por ese concepto hasta la fecha efectiva de inaplicación de la cláusula; 2) Se declare la nulidad de la cláusula 3.3 de la escritura de novación de 17 de julio de 2002, que regula la comisión de gestión de reclamación de débitos y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula sin posibilidad de reintegración; 3) Se declare la nulidad de la cláusula sexta bis, apartado "a)", de la escritura de novación de 17 de julio de 2002, que establece el vencimiento anticipado del préstamo, y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, sin posibilidad de reintegración; 4) Se declare la nulidad de la cláusula sexta de la escritura de préstamo de 9 de diciembre de 1998, por la que se establece el interés de demora, y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, sin posibilidad de reintegración; 5) Se declare la nulidad de la estipulación que establece el límite mínimo al interés aplicable al devengo de intereses ordinarios en un mínimo del 4,00%, tanto de la escritura de préstamo como de la escritura de novación, se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se han cobrado en aplicación de dicha cláusula; 6) Se condene a la demandada a pagar los intereses legales sobre las cantidades reclamadas como interés de demora, desde la interposición de la demanda y 7) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Que, admitida a trámite la demanda por Decreto de 22 de junio de 2016, se acordó dar traslado de la misma a la demandada con emplazamiento para que compareciera y contestara en el plazo legal de veinte días, verificado en tiempo y forma mediante el Procurador de Tribunales D.

TERCERO.- Convocados los litigantes a la preceptiva Audiencia Previa, la cual tuvo lugar el 14 de junio de 2017, comparecieron las partes. Dada la palabra a las mismas, una vez aceptado por la actora el allanamiento parcial efectuado por la parte demandada en relación a la cláusula que establece el límite a la variabilidad de los intereses ordinarios (cláusula suelo), así como la excepción de cosa juzgada respecto a la acción declarativa de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses de demora y una vez concretados los hechos objeto de controversia, referenciados a la cláusula que regula el índice de referencia principal y sustitutivo y la cláusula que regula la comisión de gestión de la reclamación de débitos, fue solicitado el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose y admitiéndose la documental aportada con la demanda y con la contestación y testifical. Se señaló la celebración del juicio de acuerdo con el calendario de agenda del Juzgado y de los Letrados de ambas partes, para el día 27 de diciembre de 2017.





CUARTO.- En fecha 6 de noviembre de 2017 fue dictado auto, el cual fue objeto de subsanación mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2017 por el que se acordaba el allanamiento parcial en la cuantía de 7.009,85 euros por parte del BANCO BILABO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. respecto a la cláusula suelo objeto del presente procedimiento ordinario.

QUINTO.- El día del juicio se practicó la prueba previamente admitida en el acto de la Audiencia Previa y que no fue renunciada por las partes, tras lo cual procedieron los Letrados de las partes a informar en defensa de sus posiciones. Finalmente se declararon los autos conclusos para sentencia.

SEXTO.- En la sustanciación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

La parte actora los Sres.

ejercitan contra la entidad BBVA una acción declarativa de nulidad por abusiva: a) de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario a interés variable formalizado en fecha 9 de diciembre de 1998, por la que se regula el índice de referencia, tanto principal como sustitutivo, así como acción de condena para que se elimine del contrato dicha cláusula y para que se proceda a la devolución de las cantidades que se han cobrado indebidamente hasta la fecha efectiva de inaplicación de tal cláusula con condena a la demandada a devolver las cantidades cobradas indebidamente; b) de la cláusula 3.3 de la escritura de novación de 17 de julio de 2002, que regula la comisión de gestión de reclamación de débitos y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula sin posibilidad de reintegración; c) de la cláusula sexta bis, apartado "a)", de la escritura de novación de 17 de julio de 2002, que establece el vencimiento anticipado del préstamo, y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, sin posibilidad de reintegración; d) de la cláusula sexta de la escritura de préstamo de 9 de diciembre de 1998, por la que se establece el interés de demora, y se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula, sin posibilidad de reintegración; e) de la estipulación que establece el límite mínimo al interés aplicable al devengo de intereses ordinarios en un mínimo del 4,00%, tanto de la escritura de préstamo como de la escritura de novación, se condene a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que se han cobrado en aplicación de dicha cláusula; f) Se condene a la demandada a pagar los intereses legales sobre las cantidades reclamadas como interés de demora, desde la interposición de la demanda y 7) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas.

Expone la parte actora que los actores deben ser considerados como consumidores a todos los efectos; que de las circunstancias de la contratación se desprende que la cláusula impugnada es una condición general de la





contratación impuesta por la entidad bancaria BBVA, predeterminada en la que no hubo una negociación individual; que la cláusula de IRPH Bancos impuesta es un índice manipulable por los Bancos y supone un desequilibrio entre las prestaciones de las partes ya que es un índice más caro que otros disponibles y que dicha cláusula es contraria a las normas de transparencia ya que no se informó suficientemente sobre dicho índice, no se hicieron comparativas respecto con el resto de índices, ni se le dio a elegir entre éste y el entonces habitual Mibor, no se hicieron simulaciones ni existió oferta vinculante, sino que la única información facilitada fue de tipo verbal, sin que los actores pudieran llegar a conocer la transcendencia y alcance económico del índice IRPH y en consecuencia valorar el riesgo de la operación. Asimismo expuso el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la comisión de gestión de reclamación de impagados, al vencimiento anticipado del préstamo, interés de demora y cláusula suelo.

Por su parte, la demandada BBVA se opone a la pretensión de la actora esgrimiendo que hubieron negociaciones previas a la concesión del préstamo; que el IRPH era un índice oficial, publicado por el Banco de España hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre que reguló su sustitución; que tratándose de un elemento relativo al precio del préstamo, la cláusula de IRPH no es una condición general de la contratación y en consecuencia no puede ser declarada abusiva según el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) ni tampoco genera un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, no pudiendo ser calificada de abusiva según el artículo 82.1 TRLGDCU. También expone, que aunque no era necesaria por normativa la entrega de oferta vinculante, sí que se hizo entrega a la parte actora de dicha oferta, resultando que la escritura otorgada recogía exactamente las condiciones recogidas en la oferta vinculante; la no influenciabilidad del índice de referencia IRPH y que aunque posteriormente se han suprimido definitivamente algunos índices como el IRPH Cajas, IRPH Bancos y el CECA, todavía sigue vigente el índice sustitutivo IRPH conjunto de Entidades. Respecto al resto de cláusulas cuya nulidad se pretende, alega que la cláusula de vencimiento anticipado no ha sido aplicada en el presente caso, y que junto con la cláusula suelo y la que regula los intereses de demora debe estimarse la cosa juzgada y en relación a la cláusula que regula la comisión de gestión de reclamación de impagados que ésta es válida.

SEGUNDO.- Exposición del caso de autos.

Tras la aceptación por la parte actora en el acto de la Audiencia Previa de la excepción de cosa juzgada respecto de la acción declarativa de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses de demora alegada por la demandada y dado que en fecha 6 de noviembre de 2017 fue dictado auto, el cual fue objeto de subsanación, mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2017 por el que se acordaba el allanamiento parcial en la cuantía de 7.009,85 euros por parte del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. respecto a la cláusula suelo establecida tanto en la escritura de préstamo hipotecario como en la de novación, resulta que los únicos hechos objeto de controversia tienen que ver sobre la posible nulidad de la cláusula que regula el índice de referencia

Cred. Segur de Verificació.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JAP/consultaCSV.html>

Signal per Cerezo Cano, Sebastián.

Data i hora 17/01/2018 13:45





tanto principal como sustitutivo y la cláusula 3.3 que regula la comisión de gestión de reclamación de débitos obrante en la escritura de novación del préstamo de fecha 17 de julio de 2002.

Así, respecto a la posible nulidad de la cláusula que regula el índice de referencia del préstamo, debe indicarse que no se discute por las partes que el 9 de diciembre de 1998 las partes suscribieron el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que es objeto de este procedimiento (documento núm. 1 de la demanda). Este documento es reconocido por ambas partes y no ha sido impugnado.

El citado contrato se otorgó ante el Notario de Canovelles D. ,
interviniendo como prestamista BANCO BILBAO
VIZCAYA, S.A. y como parte prestataria los Sres.

El importe del préstamo, el cual iba destinado para la adquisición de la vivienda habitual de los actores, era de veinte millones de pesetas –actualmente 150.253,03 euros- (cláusula financiera primera), a devolver en 20 años a razón de 240 cuotas mensuales (cláusula financiera segunda) y con un interés ordinario de 3,90% anual el primer año (cláusula financiera tercera) con un tipo de interés variable revisable anualmente, a determinar aplicando el interés de referencia del “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los Bancos” y como índice sustitutivo del anterior el conocido como “tipo medio los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades” (cláusula financiera tercera bis).

El citado préstamo se garantizaba mediante una hipoteca constituida sobre la finca descrita en la cláusula duodécima de la escritura de préstamo hipotecario, propiedad de los prestatarios.

Esta es la cláusula de IRPH impugnada por los actores, quienes solicitan su nulidad porque consideran que se trata de una cláusula abusiva y que no es transparente.

Deben pues valorarse las circunstancias de la contratación; si se trata de un contrato en que intervienen consumidores y usuarios; si se trata de una condición general de la contratación, si es susceptible de control de abusividad, si la misma es abusiva y los efectos de la nulidad en su caso.

TERCERO.- Normativa aplicable al caso.

El título objeto del presente procedimiento es un contrato entre consumidores y usuarios, los Sres.

y un profesional, inicialmente BANCO BILBAO VIZCAYA, S.A.,
actualmente BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Los prestatarios tienen la condición de consumidores y usuarios, de conformidad a la definición de consumidores que establece el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto





Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, el cual establece que son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, al haber suscrito el contrato de préstamo hipotecario como acto de consumo, cuestión ésta reconocida por la propia parte demandada, sin que se fijara dicha cuestión como hecho controvertido en el acto de la Audiencia Previa.

CUARTO.- Concepto de cláusula abusiva.

La parte actora considera que la cláusula impugnada es abusiva, y, por tanto, conviene tener presente cual es el concepto de cláusula abusiva.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y adoptó la legislación nacional al derecho comunitario, concretamente a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El espíritu de esta normativa parte de considerar que el consumidor necesita una protección adicional frente al profesional dado que ocupa una posición de inferioridad en el ámbito de la contratación. Así el artículo 3 de la Directiva referenciada y el artículo 82 del TRLGDCU establecen que se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y las obligaciones de las partes y que deriven de los contratos.

En consecuencia, los elementos que forman el concepto de cláusula abusiva son: a) que causen un desequilibrio importante a los derechos y obligaciones; b) en contra de las exigencias de la buena fe; c) que sean cláusulas no negociadas individualmente y no consentidas expresamente; d) en perjuicio del consumidor.

Conviene recordar que el sistema de protección de la Directiva se fundamenta en la idea que el consumidor está en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto por lo que hace a la capacidad de negociación como por el hecho al nivel de información (STJUE Banco Español de Crédito y STJUE 14 de marzo de 2013, asunto C-414/11 Mohammed Aziz y CATALUNYA CAIXA) situación que lleva a adherirse a las condiciones redactadas por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenièová y Pereniè, C-453/10, Rec. P. I-0000, apartado 27, y de 26 de abril de 2012, invitel C-472/10, Rec. P. I-0000, apartado 23, la sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; C- 484/08, EU: C: 2010:309, apartado 27 y la sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13).

QUINTO.- En cuanto a la naturaleza de la Cláusula Tercera bis. Condiciones generales de la contratación.

Uno de los elementos de las cláusulas abusivas, es que la cláusula no hubiera sido negociada expresamente entre las partes. Esta es la situación alegada por

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAF/consultaCSV.html>
Codi Segur de Verificació:
Signal per Carreu Camp, Sebastià:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAF/consultaCSV.html>

Data i hora 17/01/2018 13:45





la actora, que considera que la cláusula impugnada es una condición general de la contratación.

La entidad demandada se opone asegurando que la mencionada cláusula, la cual fue descrita en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, fue negociada con los prestatarios.

Sin embargo, la misma no aporta folleto informativo que acreditase que estuvo a disposición de la parte actora para su estudio en el que se relacionan todas las opciones de préstamo que la entidad estaba dispuesta a firmar, con los distintos tipos de interés aplicable, ni tampoco lo acredita de alguna otra manera.

El artículo 1 de la Ley de condiciones generales de la contratación (LCGC) establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Debe tenerse en cuenta que las condiciones generales de la contratación deben pasar el control de transparencia y el de incorporación, pues el artículo 5.5 LCGC establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Como sanción a la infracción de la regla anterior, el artículo 7 de la misma Ley establece que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones: a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El artículo 8 LCGC dispone en su primer apartado que Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención y en su apartado segundo, que, en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La STS de 9 de mayo de 2013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante*





que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

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

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

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario (apartado 165). En el mismo apartado también dice que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): "*De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:*

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

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





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

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

Sobre la negociación de la cláusula alegada en este mismo motivo dice el art. 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1.993 (LA LEY 4573/1993), 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. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".*

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del artículo 82 RDL 1/2007 establecen que *"el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba".* Lo que significa que corresponde a la entidad demandada aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.

En relación a este extremo, la STS de 18 de junio de 2.012 indica: *"El carácter negociado de las cláusulas, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones".* El Alto Tribunal analiza en este caso un préstamo concedido a un consumidor por una empresa dedicada a conceder préstamos con intereses muy altos, cuasi usurarios. La relación empresa-cliente en este caso no es la misma que cuando



el prestamista es una entidad bancaria.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que, en determinados productos y servicios, tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157).

Y en este caso, no queda acreditado por la demandada que, efectivamente, hubiera negociación en igualdad de condiciones. Si bien la parte actora acredita que hubo oferta vinculante la cual fue firmada por los actores en fecha 3 de diciembre de 1998 y en consecuencia casi una semana antes de la suscripción del préstamo hipotecario, la misma sólo era válida si se firmaba antes de tres semanas, resultando que todas las condiciones que la contenían fueron impuestas por la demandada, entre las que no figura por cierto el índice de referencia sustitutivo, sino únicamente el índice de referencia principal a aplicar. Además no queda constancia de que los actores pudieron conocer realmente los requisitos esenciales que se iban a plasmar en el contrato de préstamo, no presentando BBVA en definitiva prueba alguna sobre una negociación individual. Fue pues la entidad quien redactó la cláusula tercera bis en este contrato, cláusula que debe considerarse idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios.

En suma, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, se considera que la cláusula cuestionada en el presente litigio es Condición General de la Contratación, redactada por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporada a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula que fija como índice principal el IRPH Bancos y como sustitutivo el IRPH Entidades y las condiciones que contiene aunque se dieran a conocer de alguna manera a los clientes, no fue consecuencia de una negociación previa individualizada con los Sres.

SEXTO.- Condiciones generales que afectan al precio del contrato.

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, de un lado, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otro, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Sobre el citado artículo, la STJUE, de 30 de abril de 2014 estableció lo siguiente:

41 No obstante el artículo 4, apartado 2, d la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esa Directiva que "la apreciación del carácter abusivo" no abarca las cláusulas previstas en dicha disposición, siempre que dichas





cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. De esa disposición resulta que las cláusulas a las que se refiere no son objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo, pero, como ha precisado el tribunal de Justicia, están comprendidas en el ámbito regulado por esa Directiva (véanse en ese sentido la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, EU: C: 2010:309, apartados 31, 35 y 40).

42 Toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación restrictiva.

A partir de aquí, el TJUE establece que corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición al prestamista.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la sentencia sobre la cláusula suelo de 9 de mayo de 2013, determina que la cláusula pactada en el contrato relativa al precio, aunque no sea el precio en sí mismo sino una cláusula que el modifica (como era el caso de la cláusula suelo), estaba incluida en ese tipo de cláusulas que afectan al objeto principal del contrato.

En consecuencia, según la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que interpreta el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 del Consejo, distingue entre el alcance del control que puede efectuarse respecto las condiciones generales que afectan al precio de las que no le afectan. Se entiende que afectan al precio cuando establecen este elemento del contrato o cuando no sea el precio propiamente pero lo determinen o lo definan.

Cuando la condición general no afecte al precio, estará sometida a tres controles: el control de abusividad (equilibrio entre las prestaciones o los derechos y obligaciones de las partes); el control de transparencia formal (claridad de la cláusula) y el control de incorporación (si el cliente realmente aceptó esa cláusula).

Cuando se trata de una condición general que establece, afecta o determina el precio y se trate de un contrato con consumidores y usuarios, sólo se puede someter al control de transparencia y de incorporación. Mientras que si no afecta a consumidores y usuarios sólo se podrá controlar vía el control de transparencia.

El citado criterio interpretativo del Tribunal Supremo fue reiterado en la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre que dispone: Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm.

Dest. Ferran de Mont
Destinatari: Ferran de Mont
Destinatari: Ferran de Mont

Destinatari: Ferran de Mont
Destinatari: Ferran de Mont
Destinatari: Ferran de Mont

Data: 2018-01-22 10:46





265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

Así pues, tratándose de condiciones contractuales que afecten al precio, sólo se podrá controlar la abusividad si no superan los dos controles previos de transparencia; el de transparencia formal y el de incorporación.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 de octubre de 2016 establece una conexión entre el control de abusividad y la falta de transparencia de las cláusulas que tengan relación con los elementos esenciales del contrato. Así, considera que aunque a priori y de conformidad con la jurisprudencia del tribunal Supremo, no se podría entrar a valorar la abusividad, la aplicación de la Directiva 93/13 abre la puerta al control de abusividad en los casos en que haya falta de transparencia: El artículo 4.2 d la Directiva 1993/13/CEE conecta esa transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 19 de octubre de 2016.

Teniendo en cuenta el sentido del artículo 4.2 de la Directiva referenciada, resulta claro que las cláusulas que se refieran a elementos esenciales del contrato pueden ser consideradas abusivas cuando no superen el control previo de transparencia.

SÉPTIMO.- En cuanto a la nulidad de la Cláusula Tercera Bis.

En el presente caso la cláusula impugnada es una cláusula que define el precio, de forma que a través del cálculo del IRPH, Bancos, o del índice sustitutivo de

Doc. electrònic: garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>Doc. electrònic: garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>

Signat per Cerezo Canto, Sebastián:

Data i hora 17/01/2018 13:45





éste, se calculará cuál es el precio del préstamo. Por tanto debe aplicarse la jurisprudencia expuesta en el anterior fundamento jurídico sobre el doble control de transparencia.

a) Control de transparencia en sentido formal.

En primer lugar, debe valorarse si la cláusula supera el primer control de transparencia en sentido formal y en este sentido la respuesta debe ser afirmativa.

En efecto, debe partirse de que los índices incluidos en el contrato eran índices oficiales que las entidades de crédito podían utilizar de conformidad con el artículo 6 de la orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (vigente en el momento de celebrarse el contrato objeto de este procedimiento), sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que establece que en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente orden, las entidades de crédito 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 en virtud de acuerdos o de prácticas conscientemente paralelas. Asimismo la disposición adicional segunda establecía que el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable y hará públicos sus valores regularmente.

El índice o tipo de referencia IRPH Bancos y el índice sustitutivo IRPH Entidades, usados en el contrato de autos eran índices oficiales publicados por el Banco de España, siendo sustituido el primero a partir del 1 de noviembre de 2013.

La Orden Ministerial de 29 de abril de 2012, que sustituyó la anterior, establecía en el artículo 26 que los índices o tipos de referencia se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, exigencia que se reitera en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que también contempla una exigencia idéntica (norma 7ª, párrafo 5º).

El IRPH se publicaba por el Banco de España y se obtenía según la media de las diferentes ofertas de las entidades que forman parte en el mismo período de tiempo. El IRPH podía ser de cajas de ahorro, bancos, de deuda pública o conjunto de entidades y una vez fijada por el Banco de España se publicaba en el BOE. En este caso el IRPH aplicado al contrato era el de Bancos. A partir de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de los clientes de los servicios bancarios, de conformidad con el artículo 27.1, los únicos tipos de referencia aplicables son el IRPH conjunto de entidades, IRPH conjunto de entidades de la zona euro, Euribor, Mibor (contratos anteriores al 2000), el tipo de referencia de la media de deuda pública en el mercado secundario entre 2 y 6 años y el interés Swap a 5 años.





A partir de esta Orden Ministerial y de la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, desaparecieron los índices IRPH bancos, cajas y el CECA, los cuales ya no podrían hacer servir en los préstamos concedidos en un futuro y se establecía un período transitorio, así como la sustitución de los índices indicados que se hubiesen incluido en los contratos anteriores.

Pues bien, analizando específicamente la forma de redacción de la cláusula impugnada se puede concluir que la misma está redactada de forma clara, sencilla y concreta, es decir conforme a las exigencias del artículo 5.5 LCGC. La cláusula establece como se calculará el tipo de interés aplicable a la devolución del préstamo hipotecario, estableciendo durante una revisión anual del porcentaje aplicado, a partir del primer año (ya que durante el primer año se aplicará el porcentaje del 3,90%) en función del tipo del IRPH Bancos, más un diferencial de cero puntos porcentuales. Y se prevé que en caso de que el IRPH Bancos no exista o no se publique, se aplicará, el índice de referencia de préstamos hipotecarios a más de tres años para el conjunto de entidades de sistema financiero.

Dicha cláusula, pues leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014, es clara y comprensible pues concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, que es un índice oficial y que se publica en el BOE, por lo que está a disposición del cliente si éste quiere consultarlo. Por tanto, se cumple el primer nivel de transparencia del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor *"En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...); b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*.

Formalmente puede considerarse pues que la cláusula es transparente en el sentido formal y que por tanto, supera el primer control de transparencia.

b) Control de incorporación.

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación es cómo se incorporó esa





cláusula al contrato, esto es, si el cliente fue informado de su existencia y de sus efectos jurídicos y económicos, es decir:

- a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.
- b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, superado ése primer nivel gramatical y literal, se ha de determinar cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se le dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba la inclusión de tal cláusula, es lo que se conoce como el control de incorporación. Esta exigencia deriva de que las condiciones generales de la contratación deben ser conocidas por el adherente y las ha debido de aceptar. Por tanto, si no tiene la posibilidad real de conocerlas, no las habrá podido aceptar. Este control deriva de las exigencias de la buena fe en el tráfico jurídico y del hecho que la legislación se asegura que el consentimiento del adherente se ha formado correctamente y no ha habido interferencias provocadas por la contraparte que le hubieran podido causar un perjuicio.

Así lo establece la STJUE de 30 de abril de 2014 según la cual el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo.

En este caso, aplicando los criterios anteriores al caso de autos, valorando las circunstancias expuestas, la prueba documental obrante en autos y especialmente la testifical practicada, debe concluirse que la cláusula impugnada no supera este segundo control de incorporación ya que no supera el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato (STS 9 de mayo de 2013).

En efecto, la entidad demandada debía haber acreditado que se le facilitó a los prestatarios una información correcta en cuanto a la importancia que la cláusula





tenía en la vida del contrato y en la determinación del precio. Sin embargo y a pesar de que consta en autos oferta vinculante firmada por los prestatarios en los que se le informaba que la referencia a utilizar en cuanto al tipo de interés variable sería la conocida como "MERCADO HIPOTECARIO BANCOS", aunque no se efectuaba referencia alguna a posibles índices sustitutivos, no consta acreditado que a los actores se les hubiera hecho advertencia alguna sobre otro tipo de índices de referencia que se hubiesen podido aplicar en el préstamo hipotecario finalmente suscrito, motivo por el cual, el consumidor podría haber pasado inadvertida la importancia de elegir entre uno u otro índice y el hecho de que fuera relevante para sus intereses.

Y es que la entidad demandada no sólo debería haber informado sobre el índice de referencia aplicado, sino también sobre sus características, los índices alternativos y las características de éstos, así como si influían la elección de uno u otro índice en el precio del préstamo y sobre los índices sustitutivos que se incluirían en el contrato.

Dicha prueba no se ha practicado, pues de la declaración testifical realizada en el acto de la vista a cargo del Sr. actualmente ex empleado, el cual fuera en el año de la contratación el director de la oficina a la que acudían los actores, no consta que se hubiesen realizado simulaciones de las diferencias entre los índices entonces disponibles; ni tan sólo consta que se le hubiese ofrecido a los prestatarios otro índice de referencia y en consecuencia que se les hubiese informado verbalmente o por escrito adecuadamente a los prestatarios sobre el funcionamiento de los citados índices de referencia, pues el citado testigo aparte de indicar que no recordaba haber atendido a los actores, resulta que explicó que en el año 1998 sí que ofrecía a sus clientes aparte del IRPH, el Euribor y el Mibor, cuando es un hecho notorio, público y conocido que el Euribor no empezó a aplicarse sino a partir del año 1999, sorprendiendo aún más a este Juzgador el hecho de que el testigo no supiera contestar de que forma se conformaba y como funcionaba el índice de referencia del IRPH, cuando supuestamente informaba de ello a sus clientes durante los diversos años que trabajo en el Banco.

Sobre la aceptación expresa, no consta que la cláusula tercer bis objeto de impugnación estuviese firmada expresamente ni tampoco consta que se informara verbalmente de las condiciones concretas de ese índice de referencia ni aun menos del índice de referencia sustitutivo, por lo que los prestatarios podrían no conocer el funcionamiento de la cláusula en el momento de firmar el contrato. Podría ser que los prestatarios fueran conscientes de que pactaba un interés variable pero no se acredita que conocieran los detalles de ese interés variable ni como se calculaba el mismo. Tener conocimiento de ese elemento era esencial ya que influía en uno de los elementos principales del contrato tal como es el precio del préstamo.

Sobre la transparencia de la cláusula IRPH debe hacerse referencia a la sentencia de la Audiencia provincial de Álava de 20 de octubre de 2016 que después de exponer el tipo de control que puede hacerse en relación a la cláusula discutida, establece lo siguiente: "Pues bien, partiendo de que los ahora apelados merecen la consideración de consumidores(...) consideramos que no

Doc. electrónic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejuticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Codi Segur de Verificació: 5

Signat per Cerezo Cano, Sebastian:

Data i hora 17/01/2018 13:45





cabe concluir que la ahora recurrente suministrase la debida información (correspondiendo la carga de la prueba a la ahora apelante, respecto de la cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información) a los ahora apelados para que estos tuvieran un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juegan o podían jugar las cláusulas en cuestión en la economía del contrato, en concreto, sobre cómo se determinaban los tipos de referencia en cuestión, su evolución, las diferencias sobre ello con otros, entendiendo que ello produjo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le suponía obtener la prestación objeto del contrato según contratase con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo (en esta misma línea, en la SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 de mayo 2016, rec. 225/2016, se argumentó que la cláusula no puede pasar el filtro de transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas”.

Estas consideraciones son aplicables al caso de autos ya que el supuesto de hecho enjuiciado tiene las mismas características.

En conclusión, la cláusula de IRPH no es transparente ya que falta información suficientemente clara de que se trataba de un elemento que define el objeto principal del contrato y no existen simulaciones de escenarios diferentes relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés variable en el momento de contratar.

El hecho de que los prestatarios no pudiesen conocer el contenido real de la cláusula, implica la sanción prevista en el artículo 7 de la LCGC, es decir se tendrá por no puesta. Pero considero que debe irse más allá ya que tratándose de una condición general de la contratación que afecta al precio del contrato, debe valorarse la posible nulidad derivada de la abusividad de la cláusula.

c) Control de abusividad.

Finalmente, atendido al hecho de que la cláusula que afecta al precio no cumple los parámetros de transparencia, debe valorarse si es abusiva, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 82 TRLGDCU y la respuesta en el caso presente debe ser afirmativa.

Así pues, tratándose de un contrato entre consumidores y usuarios y acreditado que la cláusula no supera el doble control de transparencia, de la valoración de



la prueba se acredita que la aplicación de la cláusula impugnada provoca un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor.

Ello es así, porque es un hecho conocido y notorio (artículo 281.4 LEC), tal y como es de ver asimismo de las tablas con la publicación de los índices publicados por el Banco de España acompañadas como documento núm. 3 con el escrito de demanda, que el índice del IRPH Bancos ha fluctuado por encima tanto del Mibor, hasta el año 2000, en que dejó de aplicarse, como del Euribor, tanto antes del contrato, como en el momento de la firma el primero y después el segundo, resultando que en períodos de bajada de tipos de interés, el IRPH no tiene un reflejo inmediato en su cotización, hecho que imponía la falsa creencia de que era un índice más estable. Pero no sólo no tiene un reflejo inmediato sino que este reflejo no es proporcionado a la bajada del tipo de interés. Esta circunstancia es conocida por la entidad prestamista ya que era un Banco y por tanto, uno de las que participaba en la fijación de la media de los tipos de interés IRPH.

En este sentido es significativo el desequilibrio entre la información que tiene la entidad prestamista con la que tiene el consumidor.

El hecho de que se incluyera esta cláusula en el contrato supone condiciones más favorables para la entidad prestamista ya que consigue imponer a los prestatarios un tipo de interés variable vinculado a un índice de referencia lento y limitado que en la práctica, en épocas de bajadas de tipo de interés no sume las fluctuaciones reales del mercado. Es evidente que este índice es más favorable para la entidad que otros índices existentes en el mercado ya que las propias entidades financieras intervenían en su fijación aportando los datos usados por ellas mismas. En consecuencia, es evidente que atendiendo a como se calculaba el índice, este era beneficioso para la entidad y peor para el prestatario, aunque fuera oficial y estuviese regulado y controlado por el Banco de España (hecho que no elimina la parcialidad).

Ante esta calara preponderancia de la entidad financiera, el deber de informar y de advertir al cliente era aún más grande ya que implica acentuar el deber de diligencia del empresario frente al consumidor a fin de evitar conflictos de intereses. Al final esta diligencia deriva de las exigencias de la buena fe contractual por lo que cuanto más desequilibrio entre la información de una y otra parte, más fuerte debe ser el nivel de información.

Por todo ello, debe estimarse la demanda y declarar nula por abusiva la cláusula tercera bis del contrato relativa al índice de referencia IRPH Bancos, así como el sustitutivo IRPH Entidades.

OCTAVO.- En relación a los efectos derivados de la declaración de nulidad.

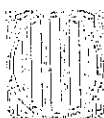
Las consecuencias de la nulidad por abusividad (falta del doble control de transparencia) de una cláusula, no son las que dispone la disposición adicional quincena de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, sino la expulsión de la

Codi Segur de Verificació:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JAF/consultaCSV.html>

Signat per Cerezo Cano, Sebastián:

Data i hora 17/01/2018 13:45





cláusula del contrato junto con la subsistencia del resto si el contrato puede, efectivamente, mantener su existencia sin la cláusula eliminada, sin que sea posible integrar, modificar, sustituir o cualquier otra forma de reconducir la cláusula expresamente declarada abusiva por un tribunal, y así según reiterada jurisprudencia del TJUE, que también recoge el principio de no vinculación que garantiza el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y que quiere decir que el derecho nacional de cada estado miembro no puede establecer una normativa legal que no excluya plenamente la aplicación de una cláusula que se considera abusiva.

A la vista de que es posible que subsista el contrato de préstamo hipotecario sin el devengo de interés y dado que en cumplimiento del deber que tiene el juez nacional de expulsar del contrato la cláusula que considere abusiva sin facultad de integración ni modificación, la consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula de interés remuneratorio referenciado al IRPH Bancos y su sustitutivo IRPH Entidades, será la subsistencia del contrato de préstamo, sin devengo de interés alguno en favor de la entidad prestamista, de lo que resulta la obligación del acreedor de restituir al deudor los importes que por este concepto hubiese percibido durante la vigencia del contrato, con los intereses legales desde la percepción de dichos importes, cantidad que se fijará en ejecución de sentencia.

NOVENO.- En cuanto a la nulidad de la cláusula 3.3 de la escritura de novación.

Las partes tampoco discuten que en la cláusula 3.3 de la escritura de novación de fecha 17 de julio de 2002 suscrita entre las partes litigantes se dispone una comisión por gestión de reclamación de cuotas impagadas de 15,03 euros por cada recibo impagado (documento núm. 2 de la demanda).

En cuanto al control de validez de la cláusula:

No se discute por las partes que dicha cláusula sea una condición general de la contratación, y dado que no incide en el objeto principal del contrato no existe en este caso límite alguno para que sea controlada su abusividad a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

Ello supone la necesidad del requisito de la transparencia de conformidad con el artículo 5 de la Directiva según el sentido antes expuesto de la garantía de comprensibilidad real de la cláusula, pero también superar el control de abusividad conforme al artículo 3 de la Directiva.

Para ello resulta necesario atender a los pronunciamientos del TJUE sobre qué criterios ha de seguir el Juez nacional a la hora de valorar si una cláusula cumple





o no con el requisito del justo equilibrio y de la buena fe entre las prestaciones de las partes.

La Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, (Caso Aziz, Asunto C-415/11) recoge algunos de estos criterios: "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas."

Esta misma línea mantiene en la Sentencia de 16 de enero de 2014, (Caso Constructora Principado): "Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

La misma sentencia recuerda sus pronunciamientos anteriores y añade:

"En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46], Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz [TJCE 2013, 89], antes citada, apartado 71)".

La referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe fue aclarada





también en la sentencia dictada en el Caso Aziz, la que contiene el siguiente parámetro de cumplimiento de la premisa de buena fe contractual:

"En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que... el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

La normativa bancaria a tener en cuenta en la fecha de la contratación sobre esta materia es la siguiente:

- La Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (derogada por la OM 2899/2011). El apartado quinto de su primer capítulo decía: *"Las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente. No obstante, las entidades de crédito establecerán y harán públicas, previo registro en el Banco de España, unas tarifas de comisiones y gastos repercutibles con indicación de los supuestos y, en su caso, periodicidad, con que serán aplicables, no pudiendo cargar tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas o conceptos no mencionados en ellas. Tales tarifas podrán excluir las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y, en los supuestos que el Banco de España determine, de aquellos otros en los que intervenga apreciablemente el riesgo. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".*

- La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. La norma tercera en su apartado tercero dispone:

Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o no solicitados en firme por el cliente.

La cláusula establece una comisión por la reclamación de toda posición deudora creada por el prestatario dirigida a cubrir los gastos o costes que la misma ocasiona a la entidad. Considero por ello que no puede decirse que se trate de un servicio no aceptado o solicitado por el consumidor y que tiene su razón de ser en la necesidad de reclamar en caso de impago y por el gasto que ello puede comportar.



Sin embargo, se aprecia la abusividad de esta cláusula a la vista de que en el momento de la adhesión al contrato se firma el cobro de la cantidad de 15,03 euros de comisión para cada una de las reclamaciones, sin que responda la misma a servicios efectivamente prestados. De manera que se transforma en una especie de penalización por el impago al que el deudor debe hacer frente al margen de los intereses de demora. No permite que el prestatario conozca qué tipo de deuda, al menos su importe mínimo, dará lugar a la posibilidad de reclamar con la consiguiente comisión o comisiones, lo que no cumple con la necesidad de que se dote de información transparente al consumidor antes de la firma que exige el artículo 5 de la Directiva (Sentencia TJUE, Caso Constructora Principado).

La cláusula no exige que la reclamación deba hacerse por una vía concreta que justifique el importe por su coste y además se fija en 35 euros por cada recibo impagado para todo el contrato sin tener tal gasto una justificación real, siendo una sanción desproporcionada impuesta por el empresario al consumidor causando un desequilibrio en las prestaciones y derechos existentes entre las partes, encontrándonos ante un mero contrato de adhesión predispuesto al consumidor y con la finalidad de servir a una pluralidad de contratos.

Por tanto, nos encontramos ante una cláusula que establece un recargo por parte, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, que no responde al coste particular e individualizado de una actuación concreta que la misma haya podido desarrollar, sino que se trata de una cuota fija que el prestatario se ve obligado a abonar por el simple hecho de incurrir en descubierto, aunque dicho descubierto se regularice de forma inmediata a producirse. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial, ni contratar los servicios de un profesional para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones y mucho menos de acudir a la vía judicial en cuyo caso, además, el importe generado formaría parte de la ejecución, sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la caja deba afrontar (Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 y 31 de marzo de 2015) Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora, por lo que a tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora.

Considero que se trata de una cláusula abusiva por cuanto opera de modo automático con ocasión de cada reclamación por parte de la entidad mercantil sin necesidad de demostrar que para la misma se ha incurrido en un gasto, ni en su caso el importe alcanzado por el mismo. Ello genera un desequilibrio entre las posiciones de las partes en el contrato que coloca al prestamista en una

Codi Segur de Ver:
Signat per Carezo Cano, Sebastian;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora 17/01/2018 13:45





situación perjudicial, lo cual ha de ser reputado abusivo de conformidad con el artículo 3 de la Directiva y el artículo 82 del TRLGDCU.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora, que viene en suponer un mayor perjuicio para el consumidor ampliando aún más la situación de desequilibrio entre las partes, reforzando la situación de superioridad ostentada por el empresario.

Es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el anterior artículo 10 bis de la LCGCU en la redacción vigente al tiempo de suscribirse el contrato de novación y en el actual artículo 82 del TRLGDCU, para declarar nula por abusiva la indicada cláusula.

Por ello, se declara la nulidad por razón de abusividad de la cláusula analizada en cuanto a la comisión por reclamación de posiciones deudoras contenidas en las condiciones particulares del contrato de novación del préstamo.

En relación a los efectos de la nulidad, el contrato mantiene su vigencia y la cláusula se tiene por no puesta (artículo 10 de la LCGCU y 83 del TRLGDCU), no vinculando al consumidor.

DÉCIMO.- Costas procesales.

En relación a las costas procesales, estimándose parcialmente la demanda, al haber aceptado la actora la existencia de cosa juzgada respecto a la nulidad de otras cláusulas cuya nulidad también se reclamaba en este procedimiento, de conformidad con el artículo 394.2 de la LEC, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. _____ actuando en nombre y representación de D. _____

_____ contra la entidad financiera BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador de Tribunales D. _____ en consecuencia:

1.- Se declara la nulidad por tener el carácter de cláusula abusiva, de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario a interés variable, formalizado en fecha 9 de diciembre de 1998, que establece una referencia al IRPH Bancos y como sustitutivo al IRPH Entidades.





2.- Se condena a la entidad financiera demandada a eliminar dicha condición general de la contratación del contrato de préstamo hipotecario formalizado con los actores.

3.- Se condena a la entidad financiera demandada a la devolución a los actores de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, cobrada en virtud de la aplicación de la referida cláusula y en relación con el préstamo hipotecario formalizado, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro hasta la fecha de la presente sentencia, así como los intereses del artículo 576 LEC.

4.- Se declara la nulidad de la cláusula 3.3 de la escritura de novación de fecha 17 de julio de 2002, que regula la comisión de gestión de reclamación de impagados.

5.- Se condena a la entidad financiera demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de novación formalizado con los actores.

6.- Todo ello sin imposición de las costas procesales derivadas del presente procedimiento, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación y para su resolución por la Audiencia Provincial

Así por ésta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

