

ANNA M<sup>a</sup> MONTAL GIBERT  
PROCURADORA DELS TRIBUNALS  
MARTORELL - ST.FELIU LL.  
ESPLUGUES - BARCELONA

Client: [REDACTED]  
Contrari: BANKIA, S.A.  
Notificat: 07/02/2017

Advocat: ARCADI SALA-PLANELL ESQUÉ  
Ref. lletrat:

**Juzgado Primera Instancia 3 Martorell**  
**Ptge. Sindicat, 8 bxos**  
**Martorell Barcelona**

**Procedimiento Procedimiento ordinario 688/2015 Sección B**  
**NIG : 08114 - 42 - 1 - 2015 - 8197404**

**Parte demandante** [REDACTED] y [REDACTED]  
**Procurador** ANNA M<sup>a</sup> MONTAL GIBERT  
**Parte demandada** BANKIA  
**Procurador** RICARDO DE LA SANTA MARQUEZ

### SENTENCIA 15/17

En Martorell, a 2 de febrero de 2017

Vistos por Dña. Teresa Ojeda Mora, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Martorell, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO número 688/2015, seguidos ante este Juzgado, siendo demandantes D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED] representados por la Procuradora Dña. Anna Montalt Gibert, y como demandada BANKIA S.A., representada por el Procurador D. Ricardo de la Santa Marquiz.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED] se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la entidad BANKIA S.A. en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula TERCERA BIS que establece como índice de referencia el IRPH, y nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y demás pronunciamientos contenidos en el suplico de la demanda, y que se condene a la demandada al pago de las costas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, por Decreto se emplazó a la demandada, quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la contraria, alegando caducidad de la acción de nulidad, solicitando se desestimen las pretensiones de la actora, absolviendo de pago alguno.

En la Audiencia Previa, ratificadas las partes en sus respectivos escritos, y recibido el procedimiento a prueba, se admitió aquella que se estimó pertinente.

El acto del juicio tuvo lugar el día 7 de noviembre de 2016, con asistencia de ambas partes, y una vez practicada la prueba propuesta y admitida en la audiencia previa, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Antes de entrar al fondo del asunto procede resolver la cuestión de previo pronunciamiento planteada por la demandada, consistente en la caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento. Entiende la demandada que la acción ha caducado al haber transcurrido con creces el plazo de caducidad que prevé el art. 1.301 del CC.

Tal como se plantea la acción por los demandantes y según se infiere de lo actuado no nos hallamos ante un caso de inexistencia del contrato o de nulidad absoluta por falta de

un elemento esencial para su perfección de los que se enumeran en el artículo 1261 del Código Civil, sino ante el supuesto de nulidad relativa o anulabilidad por la existencia de todos los elementos aun cuando uno de ellos, el consentimiento prestado, se halla viciado por error que origina su invalidez a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.265 y 1.266 del mismo Código. Vicio el cual que, a diferencia de la inexistencia de los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil -que produce la nulidad absoluta del negocio jurídico-, requiere de denuncia a través de la oportuna acción dentro del plazo de caducidad de cuatro años para que produzca efecto invalidante, plazo que, cuando el vicio proviene del error en la prestación del consentimiento, debe contarse desde la consumación del contrato, según se deduce de cuanto se dispone en los artículos 1.300 (LA LEY 1/1889) y art. 1.301 del Código Civil (LA LEY 1/1889), de modo que la inacción durante tal período sana o purifica el contrato inicialmente anulable.

Sentado lo anterior debe determinarse qué debe entenderse por consumación del contrato como concepto que marca el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción, que a juicio de la demandada coincide con la formalización de la escritura de préstamo. Sin embargo, tal interpretación no puede sostenerse a tenor de los literales términos del artículo 1.301, pues mientras la perfección del contrato se produce por el concurso de voluntades (consentimiento) sobre la cosa y la causa que han de constituir aquel ex artículos 1.254 (LA LEY 1/1889), artículo 1258 del Código Civil y 1.262 del Código Civil (LA LEY 1/1889), la consumación sólo tiene lugar cuando el contrato -sobre todo si es de tracto sucesivo- se ha cumplido en su totalidad por las partes, esto es, cuando se han agotado sus efectos, pues de otro modo se imposibilitaría la acción de anulación cuando el vicio en el consentimiento se descubre con posterioridad a la perfección y transcurrido ya el plazo de caducidad, por descansar en el engaño o la ocultación de la verdadera naturaleza y efectos del negocio, además de que se primaría a quien, con su conducta engañosa u omisiva de una información leal, veraz y completa sobre el objeto, mueve y determina la voluntad de la otra parte a celebrar un contrato que, de no concurrir tal ocultación, no hubiera manifestado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 -en relación a un contrato de préstamo- vino en afirmar que no puede entenderse cumplido ni consumado el contrato hasta la realización de todas las obligaciones. La cuestión ha sido definitivamente resuelta por el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno número 769/2014, de 12 de enero de 2015 (LA LEY 3764/2015) (ponente Sr. Sarazá Jimena), que, entre otros, contiene los siguientes razonamientos: "No puede contundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1.301 del Código Civil (LA LEY 1/1889), con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio (LA LEY 2348/2003), que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de

un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"». Y añade: "En la fecha en que el art. 1.301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

Tampoco puede acogerse la alegación planteada por la demandada relativa a los actos propios de los demandantes confirmatorios del contrato, pues el simple hecho de abonar puntualmente las cuotas del préstamo para evitar mayores recargos no puede entenderse como acto confirmatorio.

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Todo ello determina la desestimación de la cuestión previa planteada por la demandada.

**SEGUNDO.-** Entrando en el fondo del asunto, por un lado se ejercita por la actora una acción de nulidad por abusiva de la cláusula IRPH. Alega la actora que se trata de una condición general de la contratación que no fue objeto de negociación con los demandantes y que fue impuesta; además de tratarse de una cláusula abusiva que implica un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Y de adolecer de falta de transparencia. En segundo lugar, la actora ejercita acción de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva.

**TERCERO.-** En relación a la cláusula TERCERA BIS contenida en la escritura de préstamo, relativa al índice de referencia, cuya nulidad pretende la actora, lo primero que alega la demandada es que dicha cláusula no es una condición general de la contratación, por lo que no estaría sometida al análisis de abusividad previsto en la LCGC.

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

La STS 241/2013, de 9 de mayo, establece que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: a) contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).

Igualmente, indica la citada resolución que la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a

los contratos a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13"el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla (apartado 160).

En todo caso, la prueba de un hecho negativo como es la ausencia de negociación constituye una prueba imposible o diabólica, por lo que la distribución o reparto de la carga de la prueba, que responde a principios de oportunidad, justicia distributiva e igualdad de partes, debe hacer recaer sobre el profesional que afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente la carga de acreditar dicho extremo, porque tiene la facilidad probatoria para acreditar hechos positivos.

No se ha acreditado que dicha cláusula fuera negociada individualmente, y el hecho de que se efectúe una oferta vinculante por parte de la entidad bancaria (cosa que como analizaremos más adelante tampoco ha quedado acreditado) no significa que la concreta cláusula controvertida haya sido objeto de negociación por las partes, tan sólo evidenciaría que fue conocida por el cliente con anterioridad a la suscripción del contrato. Como señala la citada STS 241/2013, de 9 de mayo, es notorio 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).

Por todo ello debe concluirse que la cláusula controvertida es condición general de la contratación.

Superada ya dicha cuestión, procede hacer un breve análisis del índice IRPH. El índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales. Estaba entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio (LA LEY 2818/1994) del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH. Ello implica que, si en los préstamos referenciados a Euribor, el conjunto de entidades financieras, ante las bajadas del Euribor conceden préstamos con un diferencial elevado, influyen en la configuración del IRPH y amortiguan así la bajada de otros tipos de interés, siendo un hecho notorio que cuanto más bajo se encuentra el Euribor más elevados son los diferenciales que los bancos están dispuestos a ofrecer con lo que los tipos que comunican al Banco de España y que sirven para la elaboración del IRPH amortiguan la caída del Euribor.

Por otro lado es de suma importancia que los tipos de interés medios ponderados que se han de comunicar (Anexo VIII de la Circular 8/90 y vigente Circular 5/12) son los "tipos anuales equivalentes" de las operaciones de préstamo. Es decir, en el cálculo de los tipos de interés que se van a utilizar para la determinación del IRPH se incluyen las comisiones y demás gastos que los clientes se han visto obligados a pagar a la entidad, lo que significa que el IRPH no se elabora únicamente a partir de tipos de interés de las operaciones de préstamo hipotecario realizados un determinado mes sino a partir de tipos de interés incrementados con la media de las comisiones y demás gastos vinculado al citado préstamo. El prestatario, además de soportar esa media de las comisiones y gastos abonados por otros prestatarios en sus préstamos, tendrá que abonar las propias comisiones y gastos de su propio préstamo. Así lo reconoce expresamente la propia Circular 5/94 que señala que "Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto su simple utilización directa como tipos contractuales implicará situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado". Y por ello, añade: "Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas".

Conviene citar las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015. La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas

de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben ".

La segunda : "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. En la medida en que se trata de datos públicos puede afirmarse que: En julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 % . Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el IRPH Entidades se encontraba al 2,819%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078%.

El perito D. Antonio Maestre González, autor del informe aportado como documento nº 16 de la demanda, ratificado por él en el acto de la vista, contiene una extensa explicación del funcionamiento de dicho índice.

#### **CUARTO.- Control de transparencia:**

Una vez analizada la configuración y funcionamiento del índice de referencia, sentado que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación impuestas y que el demandante es consumidor en el marco de la relación contractual objeto de este pleito, procede analizar la validez de la cláusula al amparo de lo dispuesto en la Directiva , sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta, así como a la luz de la normativa interna (LCGC y LGDCU).

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014 :

" 6 . Caracterización del control de transparencia . En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de

transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014.

7. Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014. Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance . Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se

Pues bien, esta última sentencia de nuestro más Alto Tribunal "solo admite la valides de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes" con cita de las SSTs de 9 de marzo de 2001 , 4 de julio y 12 de diciembre de 2008 .

En el caso que nos ocupa, la cláusula que analizamos está prevista sólo en beneficio del Banco y para el caso de incumplimiento de una sola cuota o de una sola amortización, o de una obligación accesoria como el impago de una liquidación de intereses o ajuste en su caso, en un contrato de larga duración de 30 años y sobre un capital de 108.000 euros, siendo, por lo tanto, desproporcionado que, exclusivamente, por un solo impago, el contrato pueda ser resuelto de forma anticipada por la entidad demandada, exigiendo la íntegra devolución de la cantidad garantizada objeto del préstamo e incluso mediante la realización del bien hipotecado, que además es objeto de una especial protección al tratarse de la vivienda habitual de un consumidor.

No se atempera el juego de la cláusula de vencimiento anticipado a un incumplimiento grave, sino a cualquier clase de impago de una cuota, amortización, liquidación de intereses o ajuste, lo que implica que dicha cláusula, tal y como fue predispuesta e impuesta por la demandada, es abusiva por vulnerar los mentados preceptos del RDL 1/2007. Es más incluso, el art. 693.2 de la LEC, al exigir el impago, al menos, de tres cuotas, refrenda tal calificación jurídica al darnos un criterio de determinación de la abusividad.

En definitiva, si entendemos por proporción la correspondencia debida entre las prestaciones de las partes, deviene desproporcionada la cláusula impugnada, en tanto en cuanto quiebra el equilibrio contractual, mediante la atribución de una facultad resolutoria unilateral para el caso de un incumplimiento, que se aparta de los requisitos condicionantes de su viabilidad legal en los contratos con obligaciones recíprocas incumplidas, que exige la inobservancia grave de las prestaciones debidas, que frustren legítimas expectativas contractuales (artículo 1124 CC), puesto que, de la forma en que ha sido redactada la cláusula cuestionada, cabría elevar un mero retraso en la satisfacción de una cuota, de cuantía insignificativa, en relación con el importe del principal del préstamo y larga duración del mismo, en causa resolutoria del contrato suscrito. La simple mora o incumplimiento como causa de vencimiento anticipado, para guardar la proporcionalidad exigida, ha de tener un cierto grado de intensidad o gravedad, dentro de la economía del contrato, que justifique la pérdida del plazo, mediante el vencimiento anticipado de las prestaciones convencionales pactadas.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 , C-415/11, caso Aziz, señaló que "para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual". Y, en este caso, entendemos que, de no hallarnos ante una condición general de contratación predispuesta e impuesta por el Banco, los consumidores demandantes no aceptarían el vencimiento anticipado en las concretas condiciones suscritas con pérdida del plazo de devolución.

Señalar también que conforme al auto del TJUE (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 ( apartado 50) "a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una " cláusula abusiva", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica", concluyendo en consecuencia dicha sentencia: "La Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del artículo

3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

En definitiva, como señala la SAP de Barcelona, sección 15, 108/2015, de 30 de abril : "Creemos que, en el momento de la firma del contrato, lo que pretendía la entidad financiera fue hacer excepción de las reglas sobre resolución por incumplimiento (artículo 1124 CC) estableciendo en el contrato un régimen mucho más severo que el legalmente establecido, que exigía que el incumplimiento fuera sustancial y pudiera frustrar la finalidad perseguida con el contrato. Por tanto, al hacer el examen de la abusividad lo que ha de hacer el juez nacional es examinar si el incumplimiento de una sola cuota constituye un incumplimiento que revista el carácter de esencial, esto es, si reviste un carácter suficientemente grave (en relación con la duración y cuantía del préstamo) para justificar la resolución. Y la respuesta a esa cuestión en el supuesto que enjuicamos nos parece muy evidente: el impago de una sola cuota no tiene ese carácter revelador de un incumplimiento esencial. Por tanto, la estipulación es asimismo nula por abusiva, tal y como ha considerado la resolución recurrida".

Por tanto, se estima la pretensión de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva.

#### **SEXTO.-** Consecuencias de la nulidad .

El art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. El art. 10.2 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo, señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la

cuestión prejudicial suscitada sobre si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el anterior artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuía al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que:

"65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". .

Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

En el Auto del TJUE de 17.03.2016 vuelve el tribunal europeo a insistir:

"37En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartados 28 y 41).

38Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartado 33)".

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH Entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC: No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com : Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el interés remuneratorio no es elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin la referida cláusula.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato. Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de la cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses. Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable.

Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 de la LEC a partir de la presente sentencia.

La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva igualmente la exclusión de dicha cláusula de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo la demandada, caso de pretender el vencimiento anticipado o acudir al declarativo ordinario correspondiente o pactar una nueva cláusula de vencimiento anticipado con la demandante (parte prestataria) respetuosa con los principios jurídicos aquí enunciados.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte demandada.

### FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. [REDACTED] y DÑA. [REDACTED], frente a BANKIA, S.A.,

DECLARO:

La nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura pública de 19.06.2006, PROTOCOLO 1.273:

1º) Nulidad de la condición general de la contratación contenida en la cláusula TERERA BIS, que establece como índice de referencia el IRPH Cajas de Ahorro y sustitutivo CECA y IRPH Entidades por error en el consentimiento.

Se acuerda la reliquidación de la Hipoteca, sin aplicar la cláusula de IRPH y referenciando el mismo sin cláusula de intereses, subsistiendo el contrato sin dicha cláusula.

Se condena a la demandada a la devolución a la actora de la cantidad cobrada en concepto de intereses (en aplicación del índice de referencia IRPH), desde la suscripción del préstamo hipotecario. Dicha cantidad se calculará en ejecución de sentencia. Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 de la LEC a partir de la presente sentencia.

2º) Nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el apartado SEXTO BIS, A) de la escritura de préstamo hipotecario.

Se condena en costas a la demandada

Notifíquese la presente resolución a la partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BARCELONA en el plazo de **VEINTE DÍAS**.

Así lo acuerdo, mando y firmo. Doy fe.

1. The first part of the document is a list of names and addresses.

2. The second part of the document is a list of names and addresses.

3. The third part of the document is a list of names and addresses.

4. The fourth part of the document is a list of names and addresses.



## Juzgado de Primera Instancia nº 07 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 6 - Barcelona - C.P.: 08003

TEL.: 935549407

FAX: 935549507

EMAIL: instancia7.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158203266

### Procedimiento ordinario 743/2015 -1B

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 07 de Barcelona

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

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Joana M<sup>a</sup> Miquel Fageda  
Abogado/a: Arcadi Sala-Planell Esqué

Parte demandada/ejecutada: CAJA RURAL DE  
ALMERIA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO  
Procurador/a: Olanda Lopez Graña  
Abogado/a: Mario Miralbell Guerin

## SENTENCIA Nº 33/2017

Barcelona, 6 de febrero de 2017

JOSEP LLOBET AGUADO, magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, he visto las presentes actuaciones de juicio ordinario, entre las partes más arriba referenciadas, donde constan los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte actora interpuso demanda de juicio ordinario contra la parte demandada en ejercicio de acción de ineficacia contractual y de reclamación de cantidad, en la que, tras el relato de hechos e invocación de fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, acabó finalizando se dictase sentencia de acuerdo con el suplico de la misma.

Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó en tiempo y forma, y se convocó a las partes a la audiencia previa al juicio.

**SEGUNDO.-** La audiencia previa tuvo lugar el día señalado. Seguida la audiencia por sus finalidades con el resultado que es de ver en soporte audiovisual unido, se señaló día para la celebración del juicio y, celebrado, las actuaciones quedaron vistas para sentencia.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Planteamiento. Síntesis de las alegaciones y pretensiones de las partes.

Mediante la demanda rectora de este procedimiento persigue en apretada síntesis la parte accionante, según su suplico, y con determinadas variantes en función de las diferentes peticiones que formula con carácter subsidiario, que se declare la nulidad del pacto tercero relativo al interés fijado (IRPH), por ser una condición general abusiva, que no supera el doble control de transparencia, o bien por mediar vicio del consentimiento (error) con los consiguientes efectos restitutorios y la imposición de costas a la demandada.

También se solicita la nulidad por abusivas o por concurrir error vicio del consentimiento de las cláusulas relativas al redondeo al alza, a los intereses de demora

La entidad demandada se opuso a la reclamación defendiendo que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales, que no adolecen de falta de transparencia, que no pueden considerarse abusivas y que existió adecuada información.

### SEGUNDO.- Sobre la calificación de condiciones generales de las cláusulas impugnadas.

La demandada niega que se trate de condiciones generales y afirma que fueron negociadas individualmente.

De conformidad con el art. 1 de la ley 7/1998, en redacción vigente en la fecha de celebración del contrato objeto de estas actuaciones (01.08.2000), "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".

En el mismo sentido, el art. 10.2 de la entonces vigente ley 26/1984, disponía que "a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate".





En principio, siendo una entidad financiera la demandada y estando entre su actividad habitual la concesión de préstamos, puede presumirse (art. 386 LEC) que las condiciones utilizadas en el contrato de autos han sido pre redactadas con la entidad para ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Existiendo esta presunción, corresponde a la parte demandada el practicar prueba en contrario (art. 386.2 LEC en relación con el art. 385.2 del mismo texto legal), lo cual es también congruente con el principio general en materia de carga probatoria para el demandado (art. 217.3 LEC) y con el principio de mayor facilidad y disponibilidad probatorias (art. 217.7 LEC).

En el supuesto enjuiciado, sostiene la demandada que las cláusulas fueron objeto de negociación individual.

No obstante, con la prueba que consta en autos no puede llegarse a tal conclusión.

Por un lado, el hecho de que hubiera oferta vinculante no implica *per se* que hubiera una negociación previa.

Tampoco se puede entender probado, a través de la testifical, que hubiese una previa negociación, pues el director de la oficina dice que se dio una oferta vinculante y que se negoció el diferencial. Salvo esta referencia concreta al diferencial, no existe ningún otro extremo sobre el que conste negociación previa. A esta conclusión (que no hubo negociación previa) no se opone que, en su caso, se diese completa información, pues son aspectos distintos negociar e informar. Incluso, que hubo negociación sobre el diferencial no resulta del todo creíble, no sólo porque es la única prueba al respecto, sino también porque no se ha justificado cuáles eran (si es que se aplicaban) los diferenciales que se aplicaban en otros casos.

Conclusión de todo lo que precede es que cabe calificar todas las cláusulas impugnadas como condiciones generales.

### **TERCERO.- Sobre el control de abusividad, en relación al IRPH, y el carácter manipulable del tipo de referencia.**

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1.993 dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

No parece que, a la luz de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 (reiterada por STS 8.09.14 y 23.12.15), sea discutible que las cláusulas litigiosas, que determinan cual es el tipo variable aplicable a la operación, forman parte del precio y que por ello no cabe un control de abusividad, entendido como control de contenido, esto es, si existe o no un desequilibrio de prestaciones o de derechos y obligaciones entre





las partes.

Dice la STS de 9.05.13:

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

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

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]".

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensibles", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y





861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula , no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

Lo anterior determina (SAP Barcelona, Secc. 16, de 26.04.16) que debe "prevalecer el principio de libertad de precios que rige en toda economía de mercado y de liberalización de intereses, al estar ante un contrato bilateral, con causa onerosa y que genera obligaciones recíprocas para ambas partes" y el rechazo "sin más trámites el argumento de la actora relativo al posible desequilibrio de prestaciones que genera el IRPH por la capacidad de influencia en su resultado que tiene una de las partes y no la otra, sin que decir tiene que se trata de un índice oficial, fijado por el Banco de España y que se publica en el BOE".

El IRPH Cajas era, hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre , uno de los índices oficiales previstos originariamente en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

El IRPH Entidades está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 al delegarse en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

El IRPH Cajas participa del mismo concepto, si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA/2899/2011.

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las





entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12).

Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

Como señalan las SAP Guipúzcoa de 10.07.15, 6.03.15 ó 24.04.15, y SAP Zaragoza 10.02.16, "el hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

"No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".





A mayor abundamiento, y siguiendo a la SAP Barcelona, Secc. 15, de 28.04.96 (núm. 98/16), y sin perjuicio de reiterar cuestiones expuestas más arriba, debe concluirse que no se aprecian, en relación a la cláusula de interés variable, infracciones de la normativa bancaria ni de consumo. En supuesto equiparable, dicha sentencia dice:

"(...)Transcritos los preceptos que la demandante estima infringidos, no podemos compartir los argumentos de la demandante. El IRPH se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. No existe, por otro lado, prueba alguna que acredite una práctica concertada entre entidades con peso específico para incidir en la fijación del IRPH y mucho menos que el índice, que está bajo el control y supervisión del Banco de España, haya sido manipulado.

La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 estableció 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*". A tal efecto la Circular 5/1994, de 22 de julio, definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable y lo hizo, según expresa su exposición de motivos, para garantizar la objetividad de su cálculo y su difusión a los prestatarios. La Circular contempla seis tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (anexo VIII). El apartado segundo, en concreto, se refiere el " *tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro*" , comúnmente conocido como el IRPH Cajas, que es el pactado en este caso. Es definido como " *la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.*"

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores , dispone la desaparición, con efectos del 1 de noviembre de 2013, de los siguientes tipos de referencia:

- 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.

La desaparición del tipo de referencia pactado implica la aplicación al contrato del índice de referencia sustitutivo, si existe (y no se ve afectado también por la desaparición de referencias, como ocurre en este caso). El apartado tercero de la misma norma establece que " *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*

Codi Segur de Verificació: 3T70W6.7BA0K5V6CXBBYF2HM5CJIB8FL

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

Signat per LLOBET AGUADO, JOSEP.

Data i hora 06/02/2017 18:08





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. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita."

En definitiva, el IRPH de las Cajas se ha venido determinando bajo el control y la supervisión del Banco de España, a través de un proceso riguroso y objetivo. Se conformaba, hasta su desaparición, a partir de la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades, por lo que no podemos aceptar que una sola de ellas fuera determinante en su fijación. En nuestro caso, además, la demandada no tiene la condición de Caja de Ahorro y, por tanto, no ha participado en la elaboración del índice.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento:

" Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente ( art. 1256 del C. Civil ) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos."

Tampoco nos consta, como hemos adelantado, que las Cajas de Ahorro hayan actuado de forma concertada o que el índice de referencia haya sido objeto de manipulación. No estimamos suficiente, a estos efectos, el informe acompañado como documento 3 a la demanda, de London Finance & Consulting Group, cuyo autor, Don José Luis Cantón Villegas, no lo ha ratificado y, por tanto, no se ha sometido a contradicción y a la valoración de las partes. El informe, por otro lado, se refiere en mayor medida al Euribor, del que se destacan las "sospechas" y los procesos de investigación abiertos en Europa. El informe se extiende en reproducir recortes de prensa y diarios digitales. En cuanto al IRPH, el autor del informe parece vincular la influencia de las Cajas en la reducción progresiva de entidades de crédito, que pasaron de 50 a 12 en junio de 2012 (folio 117). Esa circunstancia, aun siendo cierta, no prueba la supuesta actuación concertada de las Cajas de Ahorro. Y fue precisamente la desaparición de la mayor parte de Cajas de Ahorro la que ha llevado al Legislador a eliminar dicho índice.

Por lo expuesto descartamos que la cláusula infrinja las disposiciones legales enumeradas por la parte demandante. (...)"

#### **CUARTO.- Sobre la falta de transparencia.**

Achaca la demanda falta de transparencia de las cláusulas en cuestión.





A estos efectos, tal como ha señalado tanto la jurisprudencia del TJUE como las Sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse dos aspectos.

Así respecto de lo que es el control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual. A este respecto, la STS de 9.05.13 señala (en el mismo sentido, STS 23.12.15) que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical: "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas". La STS de 25.02.15 precisa que "no basta que se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC)". La STS de 29.04.15 reitera que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical. Ente mismo sentido se pronuncia la STJUE de 30.04.14, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, y afirma que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical" (párrafo 71) y reitera la STJUE de 23.04.15, al sentar que no basta con que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical".

Junto a ese primer control, el control de transparencia debe entenderse en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias o cargas económicas y jurídicas que la inclusión de la cláusula le supondrá. Tal como señala la citada STS de 25.02.15, "no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio" o, como dice la STS de 29.04.15, es preciso que dichas condiciones "sean transparentes, en el sentido de que el consumidor puede hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá" y, por tanto, concluyen ambas sentencias "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 incontrolable 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".





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

Aplicado lo anterior al supuesto de autos, ninguna duda cabe de que las cláusulas impugnadas superan el denominado control de incorporación al estar las mismas redactadas de forma que gramaticalmente sea fácilmente comprensible.

En cuanto al aspecto relativo a su transparencia propiamente dicha, es más que razonable que, dada la incidencia e importancia de la cláusula de interés variable, así como de la cláusula de intereses de demora en la determinación del precio o cantidad a pagar, la parte demandante tuviese pleno conocimiento de la existencia de la misma. Y en cuanto al conocimiento de su significación económica y jurídica, no parece que un consumidor medio pueda ser desconocedor del juego de la misma y del componente de aleatoriedad que introduce en la determinación del precio, por lo que es difícilmente comprensible en qué medida la realización de simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés le hubiera supuesto un mayor grado de información del que cabe presuponerle. Parece difícilmente sostenible que cualquier consumidor pueda desconocer el índice a que está referenciado su préstamo o que, aún sin saberlo, conocer que es variable. En este supuesto, además, hay que entender acreditado, tanto de la escritura como de la testifical, que el Notario leyó detalladamente el documento.

En lo que respecta a la información que la parte demandante echa en falta sobre la previsible evolución de los tipos de referencia contratados y su comparativa con otros, especialmente el Euribor, sin desconocer que la evolución de este último índice normalmente ha estado por debajo del pactado, tampoco puede desconocerse que el tipo contratado, aunque no fuera el más usual en la práctica bancaria, tampoco era anómalo o excepcional.

Por tanto, no puede apreciarse que se infrinja el control de transparencia ni en relación a la cláusula de interés variable ni en cuanto a la cláusula de intereses de demora, sin perjuicio del posible carácter abusivo de ésta.

A conclusión distinta hay que llegar respecto a la cláusula de redondeo al alza, pues no hay ningún elemento en autos del que pueda colegirse que los actores pudieran saber la trascendencia económica y jurídica de la misma, sin que empiece a esta conclusión que el señor Notario leyese la escritura puesto que, si bien la cláusula de interés está entre las habituales y esperables (no existe escritura de préstamo hipotecario que no la contenga), no sucede lo mismo con la cláusula de redondeo al alza, que no tiene por qué ser solita ni, por tanto, esperable, ni puede pensarse que se pueda comprender su trascendencia por





una simple lectura del Notario, en un solo acto y "de un tirón" de una escritura de una magnitud como la de autos.

Consecuencia de lo anterior es que se debe tener por no puesto el inciso contenido en la cláusula tercera que establece que el tipo de interés se redondeará al alza a ¼ de punto.

**QUINTO.- Sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora y de redondeo.**

### 5.1.- Intereses moratorios.

A la hora de concretar en un determinado porcentaje el carácter abusivo del tipo pactado ha de tenerse en cuenta si la operación cuenta o no con garantías y, en concreto, con garantía hipotecaria, dado que ésta hace disminuir el riesgo de impago, lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente, han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese. La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 menciona expresamente que ese efecto de moderar los intereses es el que se espera de la generalización de la hipoteca.

Otro parámetro a tener en cuenta es la relación entre el interés remuneratorio y el de demora. En efecto, si el interés remuneratorio es la contraprestación por la puesta a disposición del prestatario de una determinada suma de dinero, y el de demora es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para la prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. Dicho coste no puede ser muy distinto tanto si nos hallamos en período de cumplimiento contractual (interés remuneratorio) como en período de incumplimiento (interés de demora) radicando la diferencia entre una y otra fase en que en ésta última, es decir, en la que transcurre después del incumplimiento, se ha puesto en evidencia un mayor riesgo de frustración del fin del contrato.

Tampoco pueden olvidarse otras referencias, como son el tipo de interés interbancario, Euribor, o el Interés legal del dinero, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese supuesto para la entidad crediticia reponer la cantidad puesta a disposición del deudor y que éste no ha devuelto.

Finalmente, un parámetro orientativo ha de ser, aunque solo sea por imperativo del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y la disposición transitoria segunda de la ley 1/2013 en relación al artículo 3, apartado dos de la citada ley (que modifica el art. 114 LH, añadiéndole un tercer párrafo), el criterio de apreciar abusividad (en relación a préstamos o créditos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma) cuando el interés de demora supere a tres veces el interés legal. No obstante, y como ha declarado el TS (STS núm. 364/2016, de 16.03.2016), el hecho de que se respete el límite citado no excluye el control de abusividad. Esta misma sentencia considera extensible a los préstamos





hipotecarios concertados con consumidores el criterio de la anterior sentencia 265/2015, de 22.04.2015, en la que se concluye que es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y que el interés de demora pactado en la cláusula séptima es el 18,75 % anual, que el interés fijo del primer año era el 4,75 % y que el legal del año 2.000 era el 4,25 %, es manifiesto que la cláusula deba reputarse abusiva, ergo nula.

## 5.2.- Cláusula de redondeo al alza.

Sin demasiada dificultad hay que concluir que esta cláusula es abusiva, de conformidad al art. 10 de la entonces vigente ley 26/1984, por no ser equitativa, dado que sólo prevé redondeo al alza y no a la baja del tipo de interés.

## SEXTO.- Anulabilidad por error vicio de la cláusula de interés variable.

El **error vicio del consentimiento** consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Este vicio del consentimiento se refiere a un defecto de información de quien lo sufre, de manera que en el proceso de formación del consentimiento que finalmente se emite exista un defecto al que el ordenamiento jurídico le anuda la consecuencia de la validez claudicante del contrato. Es decir, existe consentimiento, pero este consentimiento es incompleto dada la concurrencia del vicio de la voluntad.

A diferencia del obstativo, el error vicio del consentimiento, pese al equívoco que puede resultar de la abundantemente criticada redacción del art. 1265 CC ("será nulo el consentimiento..."), no hay duda de que lo que provoca es un contrato en principio válido, pero con eficacia claudicante, de manera que si no se impugna en el plazo cuatrienal del art. 1301 CC, su validez deviene inatacable y, si por el contrario, se impugna con éxito, se debe declarar su nulidad con efectos, por regla general, *ex tunc* (arts. 1303 y 1304 CC). El contrato celebrado con error vicio del consentimiento es susceptible de confirmación (art. 1301 CC).

El art. 1266 CC dice que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Al hilo de este precepto, además de lo expuesto más arriba, la jurisprudencia y la doctrina han venido exigiendo (así, STS de 3-03-1994, 29-03-1994, 11-12-2006) que para que el error pueda invalidar el consentimiento es preciso que no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico- y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene





exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe. La STS de 23-07-2001 precisa que no merece ser calificado de excusable el error que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible.

Acerca de este extremo resulta clarificadora la STS 20.01.2014, al destacar que "(...) la complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros(...)" y añade que la "(...) necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto(...)". La expresada resolución concluye que "(...) la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente (...)",

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

Y así, ha señalado el TS en su sentencia de 30 de junio de 2015 que "(...) lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

En cuanto al *onus probandi* del cumplimiento de la obligación de información, corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente al demandante de la naturaleza, efectos, riesgos del producto y de que era idóneo para las necesidades y características del cliente.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del artículo 217 LEC, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales





deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que tenía en su catálogo.

Aplicando lo anterior al caso de autos, y teniendo en cuenta el perfil de los actores, sin formación financiera y que en la propia testifical del director que les ofreció la operación se afirma que no se informó sobre la existencia de otros tipos de interés ni de que, entre estos otros, el Euribor era menos elevado que el ofertado, hay que concluir que cuando los actores prestaron su consentimiento contractual, éste estaba viciado por error, puesto que no dispusieron de toda la información que les hubiese permitido emitir un consentimiento plenamente libre y consciente, información que no estaban obligados a obtener por sí mismos y que sólo les podía ser cabalmente suministrada por quien les ofreció el producto, cuya obligación de informar estaba en este caso incrementada dada la relación de amistad (y, por tanto, de confianza) que le unía con el actor.

En consecuencia, debe declararse la nulidad de la cláusula tercera en todo lo relativo al establecimiento del interés variable.

#### **SÉPTIMO.- Costas.**

Corolario de lo anterior es la estimación de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada (art. 394 LEC).

#### **FALLO**

Que, estimando íntegramente la demanda:

- 1.- Declaro la nulidad por error en el consentimiento de la cláusula tercera contenida en la escritura objeto de estas actuaciones en todo lo relativo al establecimiento del interés variable;
- 2.- Acuerdo la reliquidación de la hipoteca sin la aplicación de la cláusula de interés variable;
- 3.- Condeno a la demandada a restituir a los actores la cantidad percibida en aplicación de la cláusula de interés variable, con el interés legal desde la fecha de cada cobro del interés, por la cuantía correspondiente, y hasta la efectividad del pago;
- 4.- Declaro la nulidad por abusiva de la cláusula séptima, que establece los intereses de demora;
- 5.- Declaro la nulidad por abusiva y por no superar el control de transparencia de la cláusula de redondeo contenida en la cláusula tercera.
- 6.- Impongo las costas a la parte demandada.





Notifíquese esta sentencia a las partes. Adviértaseles que contra la misma pueden interponer recurso de apelación, que deberán interponer en este mismo Juzgado dentro de los veinte primeros días siguientes a aquél en que se les notifique esta resolución.

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia. Expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones. Lo pronuncio, mando y firmo.

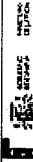
Codi Segur de Verificació: 3T70W5J7BA0K5V6CXBBYF2HM5CJ88FL

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

Signat per LLOBET AGUADO, JOSEP.

Data i hora 06/02/2017 18:08





LEXNET

### Missatge LexNet - Notificació

Missatge

IdLexNet	201710134667218
Assumpte	Notificació sentència   Procedimiento ordinario
Remitent	Òrgan Judicial Tipus d'òrgan JUTJAT DE PRIMERA INSTÀNCIA, N. 7 de Barcelona, Barcelona [0801942007] JUTJAT. PRIMERA INSTÀNCIA
Destinatari	MIQUEL FAGEDA, JOANA MARIA [359] Col·legi de Procuradors Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Data-hora enviament	07/02/2017 14:05
Adjunts	0801942007_20170207_0202_4227334_00.pdf (Principal) Hash del Documento: 30d123dc8b0ff0be4c5aca12cce41475b764c0a
Dades del missatge	Procedimiento destino Detall d'esdeveniment PROCEDIMIENTO ORDINARIO[ORD] Nº 0000743/2015 Notificació sentència

Història del missatge

Data-hora	Emissor d'acció	Acció	Destinatari d'acció
08/02/2017 16:31	MIQUEL FAGEDA, JOANA MARIA [359]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	EL-RECULL	
07/02/2017 14:05	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	EL REPARTEIX A	MIQUEL FAGEDA, JOANA MARIA [359]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(\*) Todas las horas referidas por LexNet son de ámbito Peninsular.