

Expediente ST16-1273

Cliente... : ██████████
Contrario : CATALUNYA BANC SA
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 138/16-3
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 9 Gava

Resumen

Resolución

20.01.2017 LEXNET SENTENCIA 12/01/16

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. ██████████, actuando en nombre y representación de D. ██████████, contra la entidad financiera Catalunya Banc SA, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula tercera bis -tipo de interés variable- del contrato de crédito hipotecario suscrito entre las partes ante el Notario ██████████ en fecha 29 de diciembre de 2005 bajo nº de protocolo 1262, que referencia el préstamo al IRPH CAJAS y CECA CONDENO a la entidad demandada Catalunya Banc SA a: 1. estar y pasar por la anterior declaración, debiendo eliminar dicha cláusula subsistiendo el contrato sin ella.
2. la devolución de las cantidades indebidamente cobradas al actor en concepto de intereses desde la suscripción del crédito hipotecario. Cantidad que se calculará en ejecución de sentencia.
3. Al pago del interés legal del dinero sobre la cantidad resultante en los términos del fundamento jurídico quinto de esta resolución.
Cada parte abonará sus

Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº 9

Gavà

Procedimiento Juicio Ordinario nº 138/2016. Sección 3ª

SENTENCIA 9/17

En Gavà, a 12 de enero de 2016.

Vistos por mí, D. [REDACTED], Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Nueve de Gavà y su Partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 138/2016, en el que han sido partes, D. [REDACTED] como demandante, representado por el Procurador D. [REDACTED] y asistido por el Letrado D. [REDACTED], frente a la Entidad Financiera Catalunya Banc SA, como demandada, representada por el Procurador D. [REDACTED] y asistida por el Letrado D. [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Iter procesal.

Con fecha 15 de marzo de 2016 se presentó ante la oficina de reparto del Juzgado Decano de este partido y por el Procurador Sr. [REDACTED], actuando en la representación que tiene acreditada, demanda de Juicio ordinario con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y que obran en autos frente a la entidad Catalunya Banc SA.

Mediante Decreto de 7 de abril de 2016 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado de la misma a la parte demandada a la que se emplazó para que la contestase en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente a su emplazamiento, de conformidad con lo previsto en la Ley.

Con fecha 13 de mayo de 2016 se presentó por el Procurador Sr. [REDACTED] actuando en nombre y representación de la entidad Catalunya Banc SA, escrito de contestación a la demanda.

Por Diligencia de Ordenación se señaló para la celebración de la Audiencia Previa el día 22 de septiembre de 2016.

El día señalado se celebró la audiencia previa, en que las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en este acto, se fijaron los hechos controvertidos tras lo cual se procedió a admitir la prueba que propuesta por las partes en ese mismo acto se estimó útil y

El día fijado en la audiencia previa se celebró el juicio en el cual se practicó la prueba propuesta y admitida, tras lo cual las partes formularon oralmente sus conclusiones quedando los Autos vistos para Sentencia.

SEGUNDO. Pretensiones de la partes.

En el presente procedimiento se ejerce por la parte actora acción en la que solicita que, previos los trámites legales, se dicte sentencia en virtud de la cual se declare la nulidad de la cláusula tercera bis -tipo de interés variable- del contrato de crédito hipotecario suscrito entre las partes ante el Notario [REDACTED] en fecha 29 de diciembre de 2005 bajo nº de protocolo 1262, que referencia el préstamo al IRPH CAJAS y CECA y ello, por ser la misma abusiva debido al desequilibrio causante entre las partes y su falta de transparencia en la configuración; subsidiariamente, se declare la nulidad de la referida cláusula por existir un vicio en el consentimiento prestado por error y dolo en el momento de la suscripción. Y en cualquiera de los dos casos, se condene a la adversa a estar y pasar por la anterior declaración y a eliminar la condición declarada nula del contrato de crédito suscrito, dejándolo sin cláusula de intereses pudiendo subsistir el contrato sin ésta; o, subsidiariamente, que se condene a la adversa a recalcular con la aplicación del índice Euríbor + 0,25 puntos porcentuales al cuadro de amortizaciones, por ser el diferencial adicionado al índice nulo, o bien se recalculé al Euríbor + 1,0 puntos porcentuales dado que se trata de la media de los márgenes constantes adicionados en las hipotecas suscritas en el año 2005. Y, en cualquiera de los casos anteriores se condene a a adversa a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas al actor en concepto de intereses desde la suscripción del crédito hipotecario. Subsidiariamente, se condene a la adversa a la devolución al actor de 12.240,22 €; subsidiariamente, que se tenga por nula y por no puesta, sin desplegar ningún efecto, la cláusula tercera bis desde el 28 de octubre de 2011; o, subsidiariamente desde el 28 de abril de 2012 o desde el 28 de abril de 2013. Todo ello más los intereses legales devengados de la cantidad resultante desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago más las costas del procedimiento.

Alegó en defensa de sus pretensiones que en fecha 29 de diciembre de 2005 suscribió con la entonces Caixa d'Estalvis de Catalunya un crédito con garantía hipotecaria a devolver en un plazo de 30 años con un interés variables IRPH cajas más 0,25 puntos porcentuales sin que el actor conociese en el momento de la firma a qué respondía este acrónimo. Señala como no recibió ninguna información previa a la firma y que la escritura fue redactada a instancia de la entidad financiera que no ofreció al

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Entiende que la cláusula adolece de falta de transparencia

La parte demandada contestó interesando la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

En defensa de sus pretensiones la entidad financiera señaló que si bien el índice IRPH y el sustitutivo CECA han desaparecido como índices oficiales, en su momento ostentaban esta categoría y eran objeto de publicación por el Banco de España en el BOE. Afirma que no se puede hacer un control de abusividad sobre esta cláusula porque define el objeto principal del contrato. Considera que la cláusula es transparente en cuanto es comprensible para el consumidor. Niega cualquier tipo de actuación dolosa por la entidad y que el consentimiento prestado por el actor estuviera viciado por error.

TERCERO. La presente resolución puede tener errores tipográficos como la unión de palabras o la aparición de números, derivados de la incompatibilidad entre el sistema informático utilizado para la redacción de las resoluciones (Microsoft Word) y el sistema informático en el que las mismas se incorporan (Themis).

CUARTO. En la tramitación de los presentes autos se han observado todos los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Definición y evolución de los índices y/o tipos de referencia impugnados.

La cláusula impugnada es la contenida en el apartado tercero de la cláusula tercera bis del contrato crédito con garantía hipotecaria otorgada en fecha 29 de diciembre de 2005, que fija como índice de referencia principal el denominado "IRPH cajas o Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro" y, sustitutivo el "CECA".

Para poder centrar la cuestión debe indicarse en primer lugar que significan estos acrónimos. Nos encontramos en ambos casos ante índices de los que preveía el artículo 6 de la entonces vigente Orden Ministerial 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Este precepto señalaba que: 2. *En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:*

otras entidades.

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

Y digo que se trata de uno de estos índices porque el IRPH se conformaba a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tenía capacidad para determinar el tipo de referencia. Tampoco consta acreditado en el momento actual la existencia de algún tipo de práctica o actuación concertada entre entidades que puedan o hayan podido incidir en la fijación del IRPH, máxime cuando estamos ante actividades sujetas al control y supervisión del Banco de España que publicaba estos índices en el Boletín Oficial del Estado. El origen del índice IRPH se encuentra en la **Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección a la clientela**, modificada por la **Circular del propio Banco 5/1994, de 22 de julio**, estableció que los bancos, cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario (hasta diciembre de 1996) remitieran al Banco, dentro de los quince primeros días de cada mes, información de los tipos medios de las operaciones de crédito realizadas en España, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior. 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.

En cuanto al índice CECA (o tipo activo de referencia de las cajas de ahorro) se define como el noventa por ciento redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a: 1) la media aritmética de los préstamos personales formalizados mensualmente en operaciones a plazo de un año a menos de tres, y 2) a la media aritmética de los préstamos con garantía hipotecaria formalizados mensualmente por plazo de tres años o más eliminando en ambos casos los valores que se separen en ± 2 veces la desviación típica. Los tipos tomados para realizar el cálculo son los tipos TAE remitidos por las cajas de ahorros al Banco de España.

No resulta discutido que ambos Índices no se encuentran en vigor tras haber cumplido su finalidad la **Disposición Transitoria Única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios** la cual señalaba que: *La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y*

en la **Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013** con efectos a 1 de noviembre de 2013.

SEGUNDO.- La cláusula tercera bis como condición general de la contratación.

Respecto a estas cláusulas la parte actora ejercita, con carácter principal una acción de nulidad de condición general al amparo del artículo 7 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación y del Real Decreto Legislativo 1/2007 de defensa de los consumidores y usuarios, alegando el carácter de consumidor de la actora, que la cláusula cuya nulidad se insta es una condición general de la contratación que adolece de falta de transparencia y sería, en consecuencia, abusiva.

Efectivamente nos encontramos ante una condición general de la contratación a la vista de la definición que hace la **Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación** en su artículo 1.1 cuando 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."*

Como señala la **sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013** (referida a las cláusulas suelo), 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.*

El apartado 165 de la referida Sentencia establece las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

- 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.*

En el presente caso la demandada no ha probado que las cláusulas impugnadas hayan sido fruto de una negociación individualizada entre las partes, y puede suponerse únicamente un muy limitado tracto negocial en el que la entidad bancaria hace una oferta determinada que está previamente configurada y es irrevocable, y el consumidor se ve obligado a aceptar la cláusula. No consta en Autos que se ofreciera al consumidor ningún otro tipo de referencia ni se ha aportado ningún documento relativo a la presunta negociación previa que existió entre las partes. De hecho el actor afirmó que se le ofreció como hipoteca preconcedida de la cual el día de la firma sólo conocía su importe, su cuota y plazo para su devolución.

Resulta evidente que este procedimiento no puede considerarse en ningún caso una negociación libre e individualizada y que nos encontramos ante una cláusula prerredactada por la entidad bancaria que impuso el tipo de referencia que estimó conveniente de forma unilateral.

A la hora de aplicar esta doctrina al caso concreto hay que tener en cuenta la norma, que atribuye al empresario la carga de probar que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente (arts. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE y art. 82.2.2º TRLGDCU), así como la regla general que establece el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de prueba de los hechos notorios (SSTS de 2 de marzo de 2009 , 9 de marzo de 2009 , 18 de noviembre de 2010 y 9 de mayo de 2013).

Advierte en este sentido la STS de 9 de mayo (ap. 156) que es notorio que en

deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar; así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, a que alude el art. 9 del TRLGDCU; en él se cumple el fenómeno que se describe como "take it or leave it", lo tomas o lo dejas.

Añadimos que en nuestra realidad social y económica es notorio que los préstamos hipotecarios a interés variable otorgados en la misma época que la escritura objeto de estas actuaciones venían respondiendo a la fórmula antedicha.

TERCERO. Parámetros de control legales y jurisprudenciales sobre la posible abusividad de la cláusula. Control de transparencia.

Con relación a la acción ejercitada, y partiendo del carácter de consumidor de la actora, hecho no discutido, y el carácter de condición general de contratación de la cláusula impugnada en este procedimiento, el sentido de la sentencia vendrá determinado por el análisis de la cláusula concreta en relación con los criterios de transparencia y control fijados legal y jurisprudencialmente.

En este caso, no podemos obviar que nos encontramos ante una cláusula que, tal y como señala la propia entidad demandada, regula o afecta a un elemento esencial del contrato, como es la adecuación entre precio y prestación. Tal y como explica el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones que se remiten al Derecho comunitario (Directiva 1993/13), por todas la **Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre** que se remite a otras como la **241/2013**: *el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.*

Por lo tanto, y como primera conclusión dado que esta cláusula viene a definir el precio del contrato, deberá considerarse parte de su objeto y en consecuencia no podrá

falta de reciprocidad como pretende la actora con carácter principal.

Ahora bien, los criterios de control que parten de la interpretación de la normativa europea, deben conjugarse también con las premisas sentadas por el Tribunal Supremo en relación con las cláusulas suelo, principalmente a través de la ya mencionada **Sentencia 241/13 de 9 de mayo**, y de la posterior resolución **138/2015 de 24 de marzo** que amplía y aclara varios de los aspectos analizados en la primera ya que ambas cuestiones afectan al mismo elemento del contrato por lo que las conclusiones alcanzadas en dicha resolución sobre las cláusulas suelo se pueden utilizar para analizar a validez de los índices de referencia impugnados. Y ello porque como ha recordado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016: *el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. En efecto, esta disposición prevé, en los mismos términos que los que figuran en el artículo 5 de la misma Directiva, que las cláusulas contractuales deberán estar «redactadas [...] de forma clara y comprensible».*

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

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

De la Jurisprudencia constante del TJUE (Sentencias de 27 de junio de 2000, 21 de noviembre de 2002, 26 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012 y 4 de marzo de 2013) se desprende que hay una situación clara de inferioridad del consumidor frente a los profesionales con los que contrata, y este desequilibrio solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes, y esta intervención se hará a través de los Tribunales que podrán impedir que un consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva. En consecuencia el Juez deberá examinar el

incluso de oficio sin que se vulnere el principio de congruencia siempre y cuando queden salvaguardados los principios de audiencia y contradicción.

Por ello, las cláusulas como la analizada sí podrán y deberán ser sometidas a un doble control de transparencia:

- Un primer control sobre el **modo en que la cláusula se ha incorporado al contrato**, que afecta a todas las condiciones generales de la contratación, y que se traducirá en la comprobación del cumplimiento de la normativa bancaria. Esta normativa se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994. Control de transparencia formal

Un segundo control, que únicamente será de aplicación a los supuestos en que una de las partes del contrato sea consumidor, que se extenderá a la **comprensibilidad real y efectiva de la importancia de la cláusula** en el desarrollo razonable del contrato, y que se deriva del **artículo 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios** aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre que establece *"... en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas 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"*.

En relación con este segundo control, debe citarse nuevamente la Sentencia 241/2013 del Tribunal Supremo afirma que *"... es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato"*.

Si bien es cierto que, no puede afirmarse con carácter general que el incumplimiento de los deberes de información previa y transparencia suponga automáticamente la consideración de una cláusula como abusiva, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su **Sentencia 138/2015 de 24 de marzo**, con cita de la Sentencia 241/2013: *Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos*

CUARTO. Análisis concreto de la cláusula contenida en la escritura pública, y del cumplimiento de los deberes de información previa y transparencia.

El análisis de la cláusula TERCERA BIS, de la escritura pública de fecha 29 de diciembre de 2005 en relación con la prueba practicada consistente en la documental aportada por ambas partes lleva a la conclusión que las cláusulas no superan el control de transparencia explicado en el Fundamento anterior en ninguna de sus dos vertientes.

En primer lugar, en cuanto al control de incorporación o inclusión. Debe destacarse como la operación se enmarcaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 de la O.M de 1994 al ser el importe del crédito inferior a 25.000.000, concederse al Sr. Balbás en cuanto a persona física y gravar con hipoteca una vivienda. Pues bien, incumpliendo esta normativa no consta que al actor se le entregara un folleto informativo con el contenido del artículo 3 de la referida O-M o se le hiciera una oferta vinculante como ordena el artículo 5. Los anexos I y II respectivamente de la norma obligaban a que en el folleto informativo se hiciera constar Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible). Pero es que, sin acudir a la normativa sectorial, el artículo 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ya recogía esta obligación en los siguientes términos: (...) *No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*. Es decir, la escritura pública no suple el deber de la entidad financiera. No puede hacerlo cuando, como es de sobra conocido y hasta el TS lo ha dicho, el momento del otorgamiento de la escritura pública no es el idóneo para que el adherente tome conocimiento de las condiciones generales de la contratación, no negociadas individualmente, que se introducen en el contrato para cuya firma se le cita en notaría.

En segundo lugar, en relación a la compresibilidad real de la cláusula porque no consta que se ofreciera al Sr. [REDACTED] ningún escenario relacionado con el comportamiento "*razonablemente previsible*" del tipo de interés en el momento de contratar, ni que se le ofreciera información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad ni con otro de los hasta 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 ni mucho menos consta la existencia de una oferta vinculante que el consumidor pudiera estudiar antes de aceptar el contrato. De

de la cláusula tampoco permite a un ciente medio conocer el coste y riesgos reales de utilizar como tipo de referencia el IRPH o el CECA.

Por todas las razones expuestas debe declararse la nulidad del índice principal IRPH y del sustitutivo CECA contenida en la estipulación tercera bis de la escritura pública de fecha 29 de diciembre de 2005 de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

QUINTO.- Efectos de la declaración de nulidad de la "cláusula suelo".

Es sobradamente conocido que, tal y como solicita la parte demandante, como regla general, uno de los efectos que comporta la declaración de nulidad de una cláusula es que las partes deben restituirse recíprocamente lo que hubieran percibido de la otra, con sus frutos, y el precio, con sus intereses, tal como dispone el **art. 1303 del Código Civil**.

Partimos del **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. 10.1 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 **art. 83 TRLGDCU**, 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 **art. 6.1 de la Directiva 93/13** dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones

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 93/13 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 art. 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 igual sentido, la **STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse**: § 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados 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 el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 , caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos que el art. 10.2 de la LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar:

" El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En el reciente **Auto del TJUE de 17.03.2016** vuelve el tribunal europeo a insistir: " 37. En 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

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, apartado33) ".

Finalmente la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016** establece la siguiente doctrina de aplicación vinculante para los Tribunales españoles: *El artículo 6, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula tercera en cuanto establece como tipo básico de referencia el IRPH y sustitutivo el CECA, produce en primer lugar la misma del contrato de préstamo, que pese a ello subsiste, pues 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 un elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin las cláusulas nulas.

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 con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad

comenzó a aplicar el tipo de interés variable.

QUINTO. Intereses.

A la cuantía a devolver por la parte demandada se debe aplicar el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda y hasta la fecha de la sentencia. Estos intereses son los ordinarios de los **artículos 1100 y 1108 del Código Civil**.

Igualmente, desde la fecha de esta sentencia y hasta completo pago, se aplicará sobre la cantidad objeto de condena, el interés legal incrementado en dos puntos de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 576**.

SEXTO. Costas.

En cuanto a la imposición de costas y atendiendo a lo establecido en el **artículo 394 Y 395 de la LEC**, al haber sido estimada íntegramente la demanda debería condenarse a su pago a la entidad demandada. Sin embargo, es evidente que nos encontramos ante una cuestión novedosa sobre la cual existen escasos pronunciamientos de Audiencias Provinciales, y los pocos que existen han llegado a conclusiones contradictorias. Además, no consta que el Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre esta cuestión lo que avala que haya de considerarse que nos encontramos ante un caso que plantea serias dudas jurídicas por lo que no que cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. [REDACTED], actuando en nombre y representación de D. [REDACTED], contra la entidad financiera Catalunya Banc SA, **DEBO DECLARAR Y DECLARO** la nulidad de la cláusula tercera bis -tipo de interés variable- del contrato de crédito hipotecario suscrito entre las partes ante el Notario [REDACTED] en fecha 29 de diciembre de 2005 bajo nº de protocolo 1262, que referencia el préstamo al IRPH CAJAS y CECA

CONDENO a la entidad demandada Catalunya Banc SA a:

1. estar y pasar por la anterior declaración, debiendo eliminar dicha cláusula

de intereses desde la suscripción del crédito hipotecario. Cantidad que se calculará en ejecución de sentencia.

3. Al pago del interés legal del dinero sobre la cantidad resultante en los términos del fundamento jurídico quinto de esta resolución.

Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución en la forma establecida en el **artículo 248.4 de la L.O.P.J.**, indicando que esta resolución no es firme y que frente a la misma se puede interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de 20 días que será resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona conforme disponen los **artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.