

Roj: **SJPI 684/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:684**Id Cendoj: **08019420382016100002**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Barcelona**Sección: **38**Fecha: **30/11/2016**Nº de Recurso: **302/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO GONZALEZ DE AUDICANA ZORRAQUINO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Barcelona a 30 de noviembre de 2016.

Vistos y examinados por Francisco González de Audicana Zorraquino, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona y su partido judicial, los autos de *Juicio Ordinario* seguidos con el núm. 302-16, a instancia de la Procuradora D^a. María Rosario Alcoba Estévez, en nombre y representación de D^a. Azucena , defendida por la Letrada D^a. Cristina Galí Sampalo, contra BANCO DE SABADELL S.A., representada por el Procurador D. Ángel Joaniquet Tamburini y defendida por el Letrado D. Cristian J. Bassas Serra, y de los que resultan los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación se presentó demanda de fecha 14 de abril de 2016 en la que solicitaba los siguientes pronunciamientos;

1. Se declaren nulas y, por tanto, no desplieguen ningún efecto las Cláusulas "TERCERA BIS.- REVISIÓN DEL TIPO DE INTERES" aplicables al contrato de crédito hipotecario suscrito el 8 de Febrero de 1999, como al contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el día 19 de Abril de 2005 por Doña Azucena y Don Alexis , en los que se ha subrogado la actora, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo, y acordándose que se proceda a la nueva liquidación de dichas hipotecas con inaplicación del índice IRPH, y reintegrándose a la actora la totalidad de lo percibido por dicho interés desde la firma de cada hipoteca, manteniéndose la vigencia de los referidos contratos siendo el préstamo un contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 del código civil .

Se condene a la demandada al abono de dichas cantidades más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la actora, cuantías incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda, todo ello con imposición expresa de costas a la demandada.

Con carácter subsidiario

Se declaren nulas y, por tanto, no desplieguen ningún efecto las Cláusulas "TERCERA BIS.- REVISIÓN DEL Tipo DE INTERES" en lo que respecta al IRPH Cajas, al tipo CECA, a la aplicación de un interés fijo y a la aplicabilidad del IRPH Entidades con relación al contrato de crédito hipotecario suscrito el 8 de Febrero de 1999, como al contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el día 19 de Abril de 2005 a cargo de la actora, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo, y acordándose que se proceda a la nueva liquidación de las hipotecas con inaplicación del índice IRPH sustituyendo dicho índice por el denominado Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable, o subsidiariamente aplicando como índice de referencia el Euribor más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable.

Se condene a la entidad financiera BANCO SABADELL, S.A a devolver a la actora las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante, cantidades incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda, todo ello con imposición expresa de costas a la demandada.

ii. Con carácter subsidiario

Se declare nula y, por tanto, no desplieguen ningún efecto la Cláusula Tercera Bis, desde el 29 de octubre de 2011, fecha en que se publicó la Orden Ministerial 2899/2011, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante, y

iii. Con carácter subsidiario

Se declare nula y, por tanto, no desplieguen ningún efecto la Cláusula Tercera Bis, desde el 29 de Julio de 2012, fecha en que entró en vigor la citada Orden Ministerial 2899/2011, momento en el que el tipo de interés IRPH Cajas dejó de ser un tipo de interés oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la actora, y

iv. Con carácter subsidiario

Se declare nula y, por tanto, no desplieguen ningún efecto la Cláusula Tercera Bis, desde el 29 de Julio de 2013, fecha en que finalizó el periodo transitorio establecido en la Disposición Transitoria de la Orden Ministerial 2899/2011, para la definitiva desaparición del tipo de interés IRPH Cajas como tipo de interés oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante.

2. En particular se declare nula y por tanto no despliegue ningún efecto la limitación a la variabilidad del tipo de interés inserta en la Cláusula Tercera apartado 3.2.- de la del el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por Doña Azucena y Don Alexis el día 19 de Abril de 2005, en el que se ha subrogado la actora, dado su carácter abusivo.

3, Se declaren nulas y no desplieguen efectos las Cláusulas "Sexta Bis" epígrafe "a)" en lo relativo al vencimiento anticipado por impago de la parte deudora de un único recibo, insertas en los contratos hipotecarios a cargo de la actora dado su carácter abusivo.

Todo ello con condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda dándose traslado de la misma a la demandada y por el plazo de 20 días.

Se contestó por la dirección jurídica de la entidad BANCO DE SABADELL S.A., solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas al actor, alegando la validez del tipo de referencia establecido para los intereses ordinarios, conforme a la normativa sectorial bancaria, además que se trata de un índice legal que actualmente convive con otros índices de referencia, que la parte actora fue debidamente informada de este índice y, que no puede ser abusivo, en tanto en cuanto se trata de una cláusula esencial, además de que existe una validación del contrato por actos propios, en todo caso, no puede tener efecto retroactivo. Con relación a la cláusula denominada suelo es una cláusula habitual, normal, lícita y transparente de la que tuvo cabal conocimiento la parte actora, y, en todo caso, no puede tener efecto retroactivo, y, por último, en relación a la cláusula de vencimiento anticipado, su redacción es clara por lo que no admite mayor interpretación siendo ajustada a la legalidad vigente entonces.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa, solicitándose y concediéndose como medios probatorios la documental. Es por lo que tras las conclusiones quedaron las actuaciones vistas para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- De la condición de consumidor del demandante y del carácter de condición general de contratación de todas las cláusulas impugnadas.

Sobre lo primero tampoco existe controversia al tratarse de una persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional (art. 3 TRLGDCU y artículo 111-2 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña).

La condición de consumidor le repercute una mayor protección y el que se pueda declarar la cláusula impuesta como abusiva, por no superar el control de transparencia. Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016 , CIP 2121/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres con cita de la sentencia 227/2015, de 30 de abril , estableció:

«[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente»

Y sobre lo segundo, todas las cláusulas debatidas son condiciones generales impuestas por la entidad bancaria demandada.

Según dispone Ley 7/1998, de 13 de abril en su Exposición de Motivos, una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes: *" Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas "*.

Así, el art. 8 LCGC, tras declarar la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (apartado 1º), concreta en su apartado 2º que *"[E]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios "*.

Y según la STS de 9 de mayo de 2013 , son sus requisitos;

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

b) *Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.*

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

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

En este supuesto no merece ni discusión el tildar todas las cláusulas de condiciones generales de contratación prerredactadas por la demandada, además aunque pudieran afectar a un elemento esencial del contrato se pueden examinar bajo el prisma de la abusividad referida al control de transparencia, siguiendo la misma STS en su apartado 144 que indica que; el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores **recae sobre el empresario** (apartado 165). En el mismo apartado también dice que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe **calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o**

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

PRIMERO.-A) Análisis de la cláusula del tipo de interés variable IPRH CAJAS. Su licitud y particularidades.

1. Escritura de Crédito con Garantía Hipotecaria suscrita el día 8 de febrero de 1999. (Cláusula Tercera Bis) A...los sucesivos periodos de interés de revisión anual, según la referida escritura se les aplicará el tipo de interés variable denominado IPRH Cajas, en este sentido, el apartado a) establece: *"El tipo de interés nominal anual será revisado cada año tomando como tipo de referencia, el índice de Préstamos Hipotecarios IPRH definido en la Resolución del 4 de Febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (B.O.E. del 9 de febrero de 1991), el cual consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas, por el conjunto de cajas de ahorro durante el mes al que se refieran los índices. " tipo de interés nominal anual de las sucesivas anualidades, con carácter sustitutorio transitorio, el tipo publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del estado, bajo la denominación de "Indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorros de tipos activos"*

"Asimismo, en el supuesto de no publicación del tipo sustitutorio, a cada una de las anualidades siguientes se aplicará el tipo de interés a la sazón vigente; el cual se mantendrá fijo hasta que, a tenor de lo pactado, sea factible su variación"

2. Escritura de Préstamo con Garantía Hipotecaria suscrita el día 19 de abril de 2005.

A los sucesivos periodos de interés de revisión anual, según la referida escritura se les aplicará el tipo de interés variable denominado IPRH Cajas, en este sentido la Cláusula 3o BIS "REVISION DEL TIPO DE INTERES", establece: *"El tipo de interés nominal anual será revisado cada período de interés, tornando como tipo de referencia el índice de Préstamos Hipotecarios (I.R.P.H.) definido en la Resolución del 4 de Febrero de 1991 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (B.O.B. del 9 de febrero de 1991), el cual consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda, libre, que hayan sido iniciadas o renovadas, por el conjunto de cajas de ahorro, durante el mes al que se refieran los índices. "*

Se establece a continuación en la misma clausula 3o BIS como INDICE SUSTITUTIVO el denominado Tipo CECA, en este sentido indica: "En el caso que dejara de publicarse el índice de referencia indicado en el apartado anterior, se aplicará para, calcular el tipo de interés nominal anual de las sucesivas anualidades, con carácter sustitutorio transitorio, el tipo publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del estado, bajo la denominación de "indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorros de tipos activos.

En principio cabe significar que dicha cláusula de interés variable IPRH CAJAS, y la subsiguiente de IPRH ENTIDADES, índice sustitutivo, es lícita, conforme a normativa.

El IPRH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica: "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito".

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IPRH 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". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) refiere el IPRH de las Entidades Españolas; el apartado b) el IPRH de las entidades de la zona euro que elabora y publica el Banco Central Europeo. El Banco de España y el Banco Europeo elaboran y publican el IPRH de las entidades de la zona euro. Para confeccionar el IPRH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, y en cada periodo se publica el índice en el Boletín Oficial del Estado.

El IPRH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España

mencionadas y se publica en el Boletín Oficial del Estado. *Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, sentencia de 31 de mayo de 2016*.

Veamos ahora las **particularidades** de dicha cláusula en relación también con la más habitual en los préstamos hipotecarios, es decir, los referenciados al Euribor.

Estas singularidades son extraídas de las contestaciones dadas por el Banco de España al oficio remitido al Juzgado Mercantil número 4 de Burgos y del informe público del Síndic de Greuges de Catalunya, septiembre de 2015, que también recoge las anteriores contestaciones.

1. El IRPH de cajas se calculaba a partir de los **datos facilitados por las mismas cajas cada mes**.
2. El IRPH se calcula como **media simple**, con el mismo peso de todas las Cajas (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una caja, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH.
3. **A menos Cajas, más influencia en el IRPH** de las que quedan (igual que ahora con el IRPH de entidades).
4. **Cualquier caja podía influir** en el resultado del IRPH incrementado los intereses que aplicaba en el mes en cuestión.
5. Se declara la **TAE con comisiones**, éstas últimas suponen aproximadamente + 2 punto, no es por tanto sólo el tipo de interés nominal. Con lo que se cargan comisiones y gastos, además del interés nominal. En el coste total del crédito también se incluyen las cláusulas suelo o el redondeo al alza. En todo caso, y conforme a normativa, se eliminan los tipos que hayan sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados: esos datos, harían bajar el resultado.

A dichas conclusiones, no discutibles conforme a los anteriores documentos referenciados, debe sintetizarse en relación a estos dos índices lo siguiente.

El **IRPH** se confecciona con datos que no son públicos. Además su cálculo no es auditable y en su resultado no se incluye ponderación por volumen de negocio, por lo que no es tan aleatorio, y también es posible que se eliminen las bonificaciones a clientes. Según la normativa este índice tiene como fin; el coste del mercado, coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito, Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El **Euribor** se confecciona con datos públicos. Además para obtener su resultado se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés recolectados y se realiza la media aritmética con el resto de valores, pero los datos empleados son aportados exclusivamente por un número limitado de entidades, seleccionadas por su volumen de negocio y representatividad.

Se trata del tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario del euro. Su fin, por tanto, es el precio actual del dinero.

PRIMERO.-B) La cláusula del IRPH, siendo una condición general impuesta por la entidad bancaria demandada y, a pesar de afectar a un elemento esencial, puede ser declarada abusiva, si no supera el control de transparencia.

Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016, CIP 2121/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres con cita de la sentencia STS núm. 464/2014, 8 de septiembre.

«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 (núm. 86/2014).*

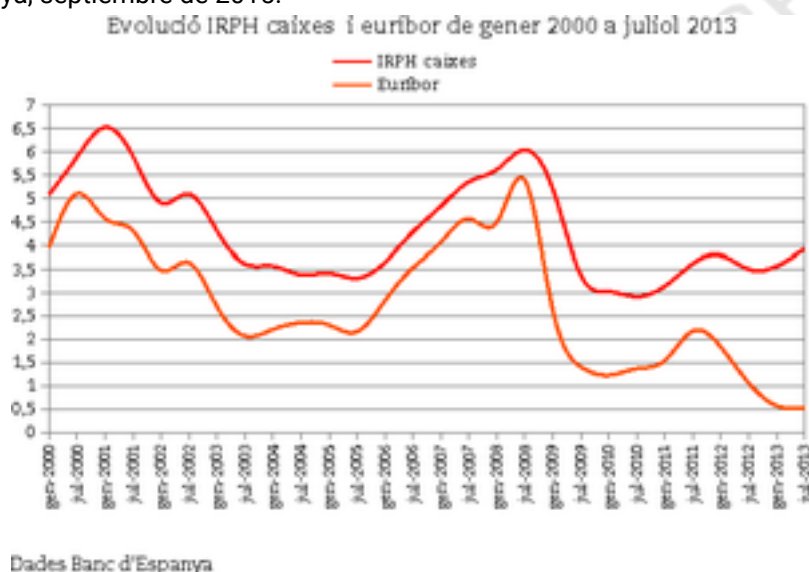
«7. *Fundamento, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado 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**.

Las cantidades exigidas por la entidad bancaria, aplicando el tipo de interés IRPH, no son exigibles por aplicación del principio de falta de transparencia en la información a favor del consumidor en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario, y ello por los siguientes motivos.

1.) Al no haberse informado de su trascendencia económica para que tenga cabal conocimiento el consumidor, es decir, para su comprensibilidad real, en el sentido de informarle y hacerle ver la **comparativa con el Euribor y las particularidades** de este índice antedichas, y que se dan por reproducidas (las 5 particularidades y su comparativa con el Euribor).

2.) Tampoco se hicieron comparativas con el resto de índices, ni se le dio a elegir entre éste y el habitual Euribor, y nótese que con relación al préstamo de 2005 **debió advertirse por la entidad de la evolución de uno y otro índice, ya que el IRPH le perjudicaba claramente al consumidor**. Gráfica del informe público del Síndic de Greuges de Catalunya, septiembre de 2015.



3.) No consta la **oferta vinculante ni el folleto informativo**, sin mostrar al consumidor probables escenarios, incumpliendo en este aspecto y correlativamente el art. 5 y 3 de la Orden 5-5-94 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Con esta falta de información, se incumplen los arts. 2.1, 8 b) y d), 13.1 d) y 17 del TRLGCU y el art. 48.2 h) y a) de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, vigentes en el momento de suscripción de los préstamos, que regulan la obligación para la entidad demandada de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades o en su caso pueden afectar a su situación financiera y, en definitiva, con estos datos, el consumidor no identificó la cláusula IRPH como definidora del objeto principal y no pudo conocer su alcance económico, en sentido análogo, concurren algunas de las circunstancias expresadas por el TS para el supuesto de la cláusula suelo; (STS en pleno de 9 de mayo de 2013)

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

"197. Sin embargo, 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 que seguidamente se expone.

...cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (sí su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, **el control de transparencia**, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", **cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo**".

...cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, **incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato**.

Es decir, es la parte predisponente la que debe acreditar que facilitó a la parte adherente **la información adecuada sobre la posición jurídica y la carga económica de la cláusula del IRPH, conforme a lo antedicho. Y esto evidentemente no se ha probado, art. 217.3 de la L.E.C.**

En definitiva, **la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible**, produciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, y, por lo tanto, desde esta perspectiva es abusiva, porque produce el desequilibrio por falta de información siendo contraria a la buena fe contractual. Y ello se deduce con la prueba de autos, la documental, al cumplirse algunos o todos los parámetros antedichos, i.e., no consta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, tampoco se informa sobre el coste comparativo con otros índices, no hay simulaciones ni se exhiben gráficas de escenarios diversos relacionados con los otros tipos de interés y el desconocimiento por parte del consumidor, del también llamado adherente medio, en aquel año de la firma del préstamo del IRPH es patente, en relación a su método de cálculo, por una media simple aritmética, y a los otros datos apuntados.

Sentencia del Tribunal Supremo en pleno núm. 367/2016, de 3 de junio de 2016, CIP 2121/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres:

Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, **impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio...es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación** (sentencias de esta Sala núm. 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 241/2013, de 9 de mayo ; 638/2013, de 18 de noviembre ; 333/2014, de 30 de junio ; 464/2014, de 8 de septiembre ; 138/2015, de 24 de marzo ; 139/2015, de 25 de marzo ; 222/2015, de 29 de abril ; y 705/2015, de 23 de diciembre).

PRIMERO.-C) La consecuencia.-

Todo lo antedicho con relación al IRPH Cajas es extrapolable al IRPH entidades, por lo que no puede ser un índice sustitutivo.

STS de 23 de diciembre de 2015 . Nº de Resolución: 705/2015.

231. *Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial: "[e]n particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuario".*

232. *...un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". A su vez el artículo 82.1 TRLCU*

233. *El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas las siguientes:*

a) *Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.*

b) *Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.*

c) *Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.*

Entonces, si no se le dio a conocer el índice habitual, euribor, las particularidades antedichas del IRPH y su evolución, ni se le dieron escenarios posibles futuros y con muestras o gráficas del pasado, se infiere sin esfuerzo que se cumplen los anteriores requisitos para considerar la cláusula abusiva.

El interés es un elemento esencial del contrato de préstamo, tanto de su causa como de su objeto. Y esto es así, a pesar de la mera declaración del TS, en su apartado 188, en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom , STS de 9 de mayo de 2013 . Nº de Resolución: 241/2013.

El artículo en cuestión, 1.755, no ha sido modificado desde su promulgación 1889, y es imposible imaginar que las entidades bancarias concedan préstamos sin intereses, es decir, al menos ese precepto debe adaptarse a la realidad social vigente, el carácter crematístico de un préstamo, ya que han pasado desde su redacción más de 125 años, art. 3.1 del Código Civil .

Por lo tanto, siguiendo con el razonamiento, el préstamo en su integridad debe ser nulo, art. 10.1 y 9.2 LCG. En otras palabras atinentes, el préstamo sin cláusula suelo puede subsistir pero sin índice de referencia no, es el núcleo esencial del objeto del contrato, el precio.

Art. 9. 2. LCG.

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 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 .

Para que este préstamo pueda subsistir y por ende, esta decisión no perjudique al consumidor, art. 65 TRLGCU, " Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva ", y a los efectos de cumplir el principio europeo del TJUE de disuadir a las entidades a los efectos que no impongan cláusulas abusivas so pena de moderar o reintegrar el contrato, la única alternativa posible es su sustitución, STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C 618/10ATJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C 613/15, STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13 y STJUE 30-05-13, C 488/11, & 57 y 58 STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015 , en este sentido se manifiesta la STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015

"4.- La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, contenían los

arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado..."

En definitiva, entre la disyuntiva de no modificar el contrato y el efecto disuasorio se escoge este último que es el que beneficia al consumidor.

STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C 26/13. Préstamo multidivisa, el efecto disuasorio no puede perjudicar al consumidor.

83 En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

84 En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

En fin, es necesario integrar el contrato según la costumbre o el índice sustitutivo habitual pactado, arts. 1.1, 1.3, y 1287 del Código Civil, además se trata de un negocio en el que se añade la connotación de ser un préstamo generalmente hipotecario, es decir, que pone en riesgo la vivienda, lo que eleva su rango de protección, y también es pertinente, para el criterio adoptado, esto es, la sustitución del IRPH por el habitual pactado, el utilizado por el Tribunal Supremo y derivado de las graves consecuencias económicas de dejar todos los préstamos sin interés, observándose en su conjunto, y la falta de mala fe de la entidad en el sentido que se apoyaba en índices oficiales.

Y conforme a lo antedicho, debe aplicarse el Euribor + 1 % revisable anualmente, índice habitual y por tanto sustitutivo.

SEGUNDO.- Nulidad de las cláusulas "Sexta Bis, epígrafe a)" inserta tanto en la escritura suscripta el 8 de febrero de 1999 como en la del 19 de abril de 2005, las cuales son idénticas por tratarse de cláusulas preredactadas e insertas en contratos de adhesión de modo generalizado, al transcribir la misma cláusula, reemplazando únicamente el término "ACREDITADO" por "PRESTATARIO", es decir, la cláusula del vencimiento anticipado, en este sentido establece:

"CAIXA PENEDES podrá resolver de forma anticipada el contrato y proceder a la reclamación del principal pendiente de devolución, intereses devengados y no satisfechos y, en su caso, las costas y gastos devengados en cualquiera de los siguientes supuestos:

Cuando el ACREDITADO/ PRESTATARIO (según el contrato) no abone a su correspondiente vencimiento cualquiera de las cuotas antes reseñadas de pago de intereses y amortización parcial del capital.

(i) La cláusula de vencimiento anticipado con carácter abstracto no puede ser sino entendida como abusiva, ya que supedita el vencimiento de la totalidad del préstamo al impago de cualquiera de las cantidades contempladas en la escritura, ya sea por principal o intereses, y ello utilizando el criterio asentado por el pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015 ;

" Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, **ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación** (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). **Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la**

resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves."

(ii) Pero **descendiendo al caso concreto**, tampoco parece que sobrepase el control que en síntesis se dispone la sentencia del Tribunal Supremo:

"Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)."

Ya que en este supuesto, según los datos proporcionados y no discutidos o evidenciados, se trata de dos préstamos, el primero a 30 de años y el segundo a 24 años, a devolver respectivamente en 360 cuotas y 288 cuotas, siendo absolutamente desproporcionada la consecuencia de un solo impago de las cuotas, esto es, el vencimiento anticipado o resolución que no puede calificarse de grave.

(iii) Una vez constatada la abusividad de la cláusula referente al vencimiento anticipado, la consecuencia, con relación a la anterior jurisprudencia del TJUE y al art. 9.2 de la LCG y art. 83 TRLGCU es su nulidad y expulsión del contrato.

TERCERO.- Clausula 3.2.- del préstamo suscrito el 19 de abril de 2005

"No obstante, el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo en ningún caso podrá ser inferior al TRES por ciento ni superior al DIECINUEVE por ciento, tipos estos que tendrán la consideración de tipo interés mínimo y máximo, respectivamente. Por tanto, si el tipo resultante de la revisión en cualquiera de los períodos de interés que comprende la segunda fase fuere inferior al tipo de interés mínimo o superior al tipo de interés máximo establecidos, serán éstos, tipo de interés mínimo en el primer caso y tipo de interés máximo en el segundo, los que se aplicarán al préstamo en el período de interés correspondiente."

1. Las cantidades cobradas y exigidas por la entidad bancaria, aplicando el tipo de interés no superior al 19% ni inferior al 3%, cláusula 3.2 y por aplicación de la cláusula suelo, no son exigibles por aplicación del principio de falta de transparencia en la información a favor del consumidor en el momento de suscripción del contrato de préstamo hipotecario, al no haberse informado de su trascendencia para que tenga cabal conocimiento el consumidor, esto es, (STS en pleno de 9 de mayo de 2013 , en adelante STS), concurre;

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e)...se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor."

Y si bien se trata de una condición o cláusula que pudiera ser definitoria del objeto principal del contrato de préstamo, es posible su control de oficio en cuanto al grado de transparencia y conocimiento del consumidor, siendo en este caso que no precisa de prueba, en tanto en cuanto los anteriores elementos informadores a favor del consumidor se desprenden del propio contrato y sus condiciones;

STS

"197. Sin embargo, 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 que seguidamente se expone.

...cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. (sí su inclusión conforme al art. 7 LCGC)...es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

206. El artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

...cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

233. El análisis de las normas transcritas- el artículo 8 LCGC, artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuario, artículo 3.1 de la Directiva 93/13 y artículo 82.1 TRLCU- permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-.

246. De lo expuesto cabe concluir que el control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores:

d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

276. Lo razonado aboca a las siguientes conclusiones:

c) Los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas.

e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia.

En definitiva, la cláusula analizada no supera el control de transparencia en cuanto a la calidad exigible, produciendo un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, y por lo tanto, desde esta perspectiva es abusiva, porque produce el desequilibrio por falta de información siendo contraria a la buena fe contractual. Y ello se deduce sin necesidad de prueba, al cumplirse algunos o todos los parámetros antedichos, i.e., no consta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato ni sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad ni advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las

mismas, además se inserta de forma conjunta con las cláusulas suelo y como aparente contraprestación de las mismas, no hay simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Además el Legislador ya ha previsto esa falta de transparencia y obliga a diferentes condiciones en el futuro a los efectos de evitar esa falta de información al consumidor, pero ello, supone, que en todo caso, aquellos préstamos hipotecarios en aquellas otras condiciones no fueron objeto de reconsideración o de cabal conocimiento por el consumidor.

Estas medidas en cierta medida son dispuestas en el artículo 6, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, bajo la rúbrica: fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

2. Si esto es así, la única consecuencia que se puede derivar de lo mismo es que no son exigibles las cantidades devengadas por la aplicación de dicha cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2015, nº 222/2015. - Da igual la entidad bancaria que sea, la cláusula suelo es nula desde el 9 de mayo de 2013, si son supuestos análogos, como el caso enjuiciado.

... sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, el Pleno de esta Sala consideró que los efectos restitutorios de las prestaciones derivados de la falta de validez del título de la atribución patrimonial, al haber quedado esta sin causa que la justifique, debían limitarse en el caso de la abusividad, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo objeto de aquel procedimiento en que se ejercitaba una acción colectiva, de modo que no afectara a los actos consumados, esto es, a las cantidades ya pagadas hasta el momento de la apreciación de la abusividad de la cláusula, por razón de las peculiares circunstancias que concurrían en relación a la abusividad apreciada. Esa era la razón de que, utilizando una expresión suficientemente expresiva, se hablara de limitar la "retroactividad" de los efectos de la declaración de nulidad.

2.- En la posterior sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también de Pleno, se ha considerado pertinente mantener la citada doctrina, aplicándola en este caso en un litigio en el que la acción ejercitada era individual, al igual que sucede con el caso objeto de este recurso. Decíamos en esta sentencia:

« Pretender que en la acción individual no se produzca meritorio riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos, como es notorio y constatable por la abundante cita de sentencias que sobre tal objeto se hace en la presente causa. Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto».

3.- Aunque pudiera considerarse que la consecuencia de lo expuesto sería que el cese en los efectos de la cláusula suelo habría de producirse exclusivamente a partir de la fecha de la presente sentencia, por ser en ella donde se declara la nulidad por abusiva de la citada cláusula (la sentencia de la Audiencia Provincial ha sido casada y dejada sin efecto), en la citada sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, también se ha establecido como doctrina jurisprudencial que los efectos de la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes, en concreto el cese en la limitación a la bajada del tipo de interés, deben producirse a partir de la fecha de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, y en este sentido se afirmaba:

«[...] se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de

préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia.

» Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada ».

Y por tal razón, en el fallo de la sentencia se establecía la siguiente doctrina jurisprudencial:

« Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio [rectius, 8 de septiembre] de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 ».

4.- Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013, y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva.

La concreción de los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la fijación de una fecha clara a la que deben referirse los efectos restitutorios de la nulidad permite, asimismo, que en los litigios en curso en los que se pretende la declaración de nulidad de estas cláusulas suelo, las partes puedan llegar a soluciones transaccionales con base en tales parámetros.

Si no sucede así y el consumidor tiene que interponer una demanda para que se declare la abusividad y consiguiente nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, o si el litigio ya entablado tiene que continuar por no acceder la entidad financiera demandada a alcanzar una solución transaccional con base en tales criterios, esta no puede pretender que los efectos de la declaración de abusividad, por falta de transparencia, de la cláusula suelo, solo se produzcan desde que se dicte la sentencia en dicho litigio. Como afirmábamos en la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, a partir de la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, ya no puede afirmarse la buena fe, en sentido subjetivo, de las entidades financieras predisponentes, y por ello la obligación de devolver lo cobrado de más por la aplicación de esta cláusula suelo ha de producir sus efectos a partir del 9 de mayo de 2013.

Y Sentencia del Tribunal Supremo nº 705/2015 de fecha 23 de diciembre de 2015, en relación a la posible alegación de cosa juzgada.

...Esta condición general es idéntica a la tratada en la sentencia 222/2015. es la misma que figura en la cláusula tratada por la sentencia 222/2015. La identidad objetiva se individualiza a través del petitum ("lo que se pide") y de la causa de pedir ("con qué título o fundamento se pide"). Y en este caso, en las diversas sentencias citadas, coinciden esos dos elementos.

De donde cabe concluir que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada, conforme al art. 222, apartados 1, 2 y 3, LEC.

Los efectos retroactivos al 9 de mayo de 2013 son coherentes con las conclusiones del Abogado General presentadas el 13 de julio de 2016 en relación a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (asunto C-154/15) y por la Audiencia Provincial de Alicante (asuntos C-307/15 y C-308/15).

Se contienen tales efectos en el fallo de la sentencia ya que la declaración de nulidad de un cláusula, es de oficio, y conlleva, también de oficio, sus consecuencias.

CUARTO.- En relación a las costas, se aplica el criterio del vencimiento, que lo es sustancialmente a favor de la actora, conforme al artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **estimando la demanda** interpuesta por D^a. Azucena contra BANCO DE SABADELL S.A., **DEBO DECLARAR Y DECLARO:**

1. Nulas y, por tanto, no despliegan ningún efecto las Cláusulas "TERCERA BIS.- REVISIÓN DEL TIPO DE INTERES" aplicables al contrato de crédito hipotecario suscripto el 8 de febrero de 1999, como al contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el día 19 de Abril de 2005 por Doña Azucena y Don Alexis, en los que se ha subrogado la actora, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo, y acordándose que se proceda a la nueva liquidación de las hipotecas con inaplicación del índice IRPH sustituyendo dicho índice por el denominado Euribor + 1% revisable anualmente, condenando a la entidad financiera BANCO SABADELL, S.A a devolver a la actora las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante, cantidades incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda hasta su pago o consignación para entrega.

2. Se declaran nulas y no despliegan efectos las Cláusulas "Sexta Bis" epígrafe "a)" en lo relativo al vencimiento anticipado por impago de la parte deudora de un único recibo, insertas en los contratos hipotecarios a cargo de la actora dado su carácter abusivo.

3. Se declara nula y por tanto no despliega ningún efecto la limitación a la variabilidad del tipo de interés inserta en la Cláusula Tercera apartado 3.2. del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por Doña Azucena y Don Alexis el día 19 de Abril de 2005, en el que se ha subrogado la actora, dado su carácter abusivo, condenando a la entidad financiera BANCO SABADELL, S.A a devolver a la actora las cantidades indebidamente cobradas desde el 9 de mayo de 2013, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de la demandante, cantidades incrementadas en los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda hasta su pago o consignación para entrega.

Todo ello con condena en costas a la demandada.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la presente notificación (art. 458.1 LEC).

De conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre "...todo el que pretenda interponer recurso contra sentencia o auto que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como **DEPÓSITO50 EUR** si se trata de recurso de apelación..." " De conformidad a la Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la parte ingresante deberá especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso Código 02 Civil-Apelación ". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerda manda y firma, el Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Secretario Judicial, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.