



Roj: **SJM V 4011/2015 - ECLI:ES:JMV:2015:4011**

Id Cendoj: **46250470032015100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **1128/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **JOSE MARIA CUTILLAS TORNS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3 VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 5º-ZONA ROJA

TELÉFONO : 961929039

N.I.G.: **46250-66-2-2014-0003882**

Procedimiento: Juicio Ordinario 1128/2014

Demandante: Bibiana

Abogado: GONZALO LUCAS DÍAZ-TOLEDO

Procurador: ROSA Mª CORRECHER PARDO

Demandado: BANCO SABADELL, S.A.

Abogado: CARMEN ROMERO MARTÍNEZ

Procurador: MARÍA GISBERT RUEDA

SENTENCIA

En la ciudad de Valencia, a dieciocho de noviembre del dos mil quince

Don JOSÉ MARÍA CUTILLAS TORNS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Tres; habiendo visto los presentes autos de juicio declarativo ordinario número 1128/2014, promovidos a instancia de Dª Bibiana , y en su representación por la Procuradora de los Tribunales, Dª ROSA MARIA CORRECHER PARDO, asistido por el Letrado D. GONZALO LUCAS DÍAZ-TOLEDO, contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Dª MARÍA GISBERT RUEDA y asistida por la Letrada Dª CARMEN ROMERO MARTÍNEZ, en este procedimiento sobre condiciones generales de la contratación, en solicitud de declaración de nulidad del Índice IRPH, en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por la Procuradora de los Tribunales, Dª ROSA MARIA CORRECHER PARDO, en nombre y representación de Dª Bibiana ,se interpuso demanda de Juicio Ordinario, poniendo de manifiesto que suscribió con la entidad demandada, en fecha 8 de noviembre de 2006, escritura de préstamo hipotecario por importes de 60.000,00 euros, otorgándose ante el notario de Valencia, D. JOSÉ CORBÍ COLOMA, obrante en su protocolo con el número 3543. En dicha escritura - se dice -, se incorporó de forma unilateral por la entidad demandada, en las cláusulas financieras relativas a los intereses, concretamente en la identificada como Tercera bis, "Tipo de interés variable", disponiendo que (pág. 10 y 11) a partir de la fecha de 08.05.2007 y sucesivamente con periodicidad anual durante toda la vida del préstamo, el tipo de interés a pagar por el prestatario será revisado al alza o a la baja, tomándose como referencia los Tipos de referencia los índices oficiales para los préstamos



hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de Cajas de Ahorro que, con periodicidad mensual, se publican en el BOE.

Si el Banco de España dejare de publicar aquella referencia en el BOE, la revisión del tipo de interés que habrá de operarse en los vencimientos que se produzcan.....se hará tomando el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del conjunto de entidades de crédito que, con periodicidad mensual se publican en el BOE.

Alegaba que tal cláusula resulta ininteligible, confusa y no describe exactamente cuál es el índice de referencia, como se calcula y lo importante, no informa a la otra parte del contrato de la decisiva influencia que la propia entidad bancaria tendría a la hora de establecer ese índice de referencia.

Todo ello, además, en base a los hechos y fundamentos de derecho que obran suficientemente en autos y que en aras de la brevedad se dan por reproducidos y terminaba solicitando se dictase sentencia de conformidad con lo solicitado en el petitum de la demanda.

SEGUNDO .- Por Decreto de fecha 28 de octubre del 2014, se admitió a trámite la demanda, acordándose sustanciarla por las reglas del Juicio Ordinario, y tras la cumplimentación de los trámites y requisitos legalmente exigidos por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se emplazó a la parte demandada a través de correo certificado con acuse de recibo.

TERCERO .- Por diligencia de ordenación de 2 de diciembre del 2014, se tuvo por comparecida a la Procuradora de los Tribunales, D^a MARÍA GISBERT RUEDA en nombre y representación del BANCO SABADELL, S.A., parte demandada, y por alegadas excepciones, contestada y opuesta a la demanda, solicitando su desestimación. Fundamentalmente sostenía que había existido transparencia; comunicaciones entre las partes.

Se tuvieron por cumplidos por la parte demandada los requisitos de capacidad, representación y postulación procesal, exigidos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil para comparecer en juicio, y se convocó a las partes a una audiencia previa, de conformidad con el artículo 414.1 de dicho Texto Legal, y con la finalidad prevista en dicho precepto, señalándose para que tuviera lugar el día 18 de mayo de 2015, a las 10,00 horas.

Llegado dicho día, se declaró por el tribunal abierto el acto así como comprobada la subsistencia del litigio entre las partes, pese a haber sido exhortadas para llegar a una avenencia, no se logró el mismo, insistiendo ambas partes en continuar la audiencia de conformidad con los artículos 416 y siguientes. No se formularon alegaciones aclaratorias por las partes; no se impugnaron documentos por la parte actora así como por la demandada, excepto el valor probatorio del informe pericial y en cuanto a la fijación de los hechos las partes se remiten a sus escritos rectores.

Por la parte demandante se propuso la prueba documental por reproducción, la cual fue admitida por el tribunal. Por la parte demandada se propuso y admitió la prueba documental, interrogatorio de parte y testifical.

Se señaló para celebrar el juicio el día 15 de octubre del 2015, hora de las 11,30.

CUARTO .- El día al efecto señalado para la celebración del juicio, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, e informaron las partes lo que a su derecho convino.

QUINTO .- En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, con la excepción del plazo para dictar sentencia habida cuenta la sobrecarga de trabajo que pesa sobre los Juzgados de lo Mercantil de Valencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandada, la entidad la entidad, BANCO SABADELL, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a MARÍA GISBERT RUEDA, compareció y se le tuvo por personado en autos, alegó excepciones de fondo, contestó a la demanda y se opuso a ella, solicitando su desestimación, de conformidad con los hechos y fundamentos de derecho que constan debidamente acreditados en autos.

SEGUNDO .- La primera de las excepciones invocadas es la de falta de acción ex lege por inexistencia del objeto litigioso respecto al tipo de interés de referencia IRPH-CAJAS.

Tal excepción debe ser desestimada. En primer lugar no puede olvidarse que el tipo de interés de referencia IRPH-CAJAS, constituye una cláusula financiera relativa a los intereses, concretamente en la identificada como Tercera bis, " *Tipo de interés variable*", disponiendo que (pág. 10 y 11) *a partir de la fecha de 08.05.2007 y sucesivamente con periodicidad anual durante toda la vida del préstamo, el tipo de interés a pagar por el prestatario será revisado al alza o a la baja, tomándose como referencia los Tipos de referencia los índices oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda tipo medio de los*

préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de Cajas de Ahorro que, con periodicidad mensual, se publican en el BOE.

Si el Banco de España dejare de publicar aquella referencia en el BOE, la revisión del tipo de interés que habrá de operarse en los vencimientos que se produzcan.....se hará tomando el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del conjunto de entidades de crédito que, con periodicidad mensual se publican en el BOE".

Siendo ello así, deviene incuestionable que se exige un pronunciamiento judicial, pues así lo demanda la parte actora y por cuanto que, además, sigue integrada en la escritura de préstamo hipotecario. Por otro lado, se está aplicando el IRPH del Conjunto de Entidades de Crédito. Cláusula que se halla inserta en la cláusula financiera relativa a los intereses, concretamente en la identificada como Tercera bis, "*Tipo de interés variable*", disponiendo que (pág. 10 y 11).

No puede admitirse el posicionamiento arbitrario de la carencia de acción para reclamar. Se halla integrada en una cláusula financiera susceptible de declararse abusiva por mor de la aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; inclusive de oficio por el juez. Consecuentemente, como ya se ha dicho, debe desestimarse la excepción alegada.

TERCERA .- Por lo que se refiere a la excepción de falta de acción de forma subsidiaria, debe correr la misma suerte. No estamos ni se invoca por la parte actora un vicio del consentimiento que pudiera introducirnos en la categoría de la anulabilidad. Estamos ante el ejercicio de la nulidad por abusiva de condiciones generales de la contratación; razón por la cual no se da ni puede darse el instituto de la caducidad.

CUARTO .- Dicho lo cual, procede entrar en el fondo del asunto, recordando que de forma generalizada se viene a sostener en la demanda que no hay la transparencia o información precontractual exigible, debiendo informar las entidades a sus clientes de la existencia y alcance de estas cláusulas en la medida que vayan a incorporarse a sus contratos.

Y no son transparentes ya que: a) hay falta de información suficientemente clara, ya que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) 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 del cliente no se le ofertan las mismas y c), inexistencia de advertencia previa clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Máxime cuando dicha cláusula está inserta, sin destacar ni subrayar, en un folio de la escritura (página 10 y 11), formando parte de complejas cláusulas financieras, de difícil comprensión para cualquier persona no versada en cuestiones económicas-financieras.

QUINTO .- Pues bien, debe traerse a colación, por su importancia a los efectos la sentencia del JUZGADO MERCANTIL NÚMERO 7 DE BARCELONA, nº 66/2015, dimanante del Juicio Ordinario 551/2014, de fecha 16 de Marzo de 2015, que dice:

La referida cláusula es una condición general de la contratación en atención a las siguientes circunstancias.

a) Es una cláusula contractual, no derivando su inserción en el contrato del cumplimiento de una norma imperativa que impusiese su inclusión.

b) La cláusula ha sido prerredactada por la entidad bancaria, limitándose los consumidores a subrogarse en el préstamo hipotecario mediante escritura de 29 de Diciembre de 2000, sin que hayan participado en la negociación de la cláusula referida.

No aporta la demandada, elemento probatorio alguno que certifique que se produjo una negociación individualizada de la cláusula tercera bis relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios.

En la propia escritura de 29 de Diciembre de 2000 (aportada como documento número 2 del escrito de demanda), se establece una remisión a la escritura de préstamo hipotecario original en relación a los intereses pactados bajo la modalidad de interés variable. No consta ni se infiere negociación alguna en relación a dicha cláusula de interés. Debe destacarse que la cláusula no aparece inserta en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de 29 de Diciembre de 2000 ni en la ampliación de capital, modificación de tipo de interés y amortización. No aporta la demandada prueba alguna que acredite siquiera que se le dio traslado a los actores de la escritura de préstamo original en la cual se incluía la cláusula relativa al IRPH. Sin dicho traslado difícilmente pudo producirse una negociación individualizada respecto a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario.

No consta intercambio de cartas, mails o correos electrónicos en los que por las partes se propusiesen otros índices alternativos al IRPH. Ninguna prueba se realiza al respecto, salvo una mera afirmación imprecisa de la demandada.

No aporta la demandada oferta vinculante ni consta testifical o documental alguna que certifique que la cláusula controvertida fuese objeto de negociación individual.

a) La cláusula objeto de litis ha sido impuesta por una de las partes, en este caso la entidad bancaria. No se aporta elemento probatorio que certifique una redacción conjunta de la misma, ni una negociación previa.

La documental obrante en autos, asevera que la entidad bancaria impuso la cláusula contractual en litis y redactó el contenido de la misma, limitándose los demandantes a subrogarse en la escritura de préstamo hipotecario concertada

Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tema opción alguna de influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma. Las alegaciones de la demandada equiparando conocimiento de la existencia de la cláusula con negociación individual, resulta desde cualquier punto de vista improcedentes.

b) La cláusula cuya nulidad se reclama, es una cláusula general orientada conforme a la práctica bancaria a ser incorporada a una pluralidad de contratos concertados por la entidad financiera.

Es por ello, que no cabe sino calificar a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario, como una condición general de la contratación, quedando enervadas las alegaciones de la demandada relativas a que la misma fue una cláusula negociada individualmente. Hecho éste respecto al cual, ninguna prueba aporta.

Argumenta el actor que el índice IRPH Entidades le fueron impuestas al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias entidades financieras, que por su fórmula de cálculo se facilita su manipulación, y que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado.

Considera la demandada que el IRPH es uno de los índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre (RCL 1990, 1944) del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora-Defiende su validez porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la DA. 5 a. 3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (RCL 2013, 1422), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Añade que la Orden Ministerial 2899/2011 (RCL 2011, 1743, 2238) dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012, una parte de la cual acompaña como documento justificativo de su validez. De todo lo cual concluye que nada de lo pactado es contrario a derecho ni abusivo, que el citado índice no puede ser objeto de control por tratarse de parte del precio y estar excluido por lo disciplinado en el decimonoveno considerando y art 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071)

De la documental número 4 del escrito de demanda se colige que en la cláusula tercera bis se establece que "el tipo de interés variable estará constituido por la suma del tipo de interés de referencia más un diferencial constante de 0'25 puntos. " Así mismo se establece que "el tipo de interés de referencia es el tipo de interés efectivo de publicación mensual en el Boletín Oficial del Estado, definido por la Dirección General de Política Financiera, en su Resolución de 4 de Febrero de 1991 (RCL 1991, 374, 702) , 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 1 que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro".

Con carácter previo a entrar en el análisis de la abusividad, debemos resaltar que el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) dice "Considerado no obstante que, en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva (LCEur 1993, 1071) se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE (LCEur 1986, 8) , de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la... Directiva (LCEur 1993, 1071) ".

Y el considerando decimonoveno dice: "Considerando que, a los efectos de la..Directiva (LCEur 1993, 1071) , la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...". En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) dice "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

Como se aprecia, la Directiva (LCEur 1993, 1071) establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE (LCEur 1986, 8) , de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la... Directiva (LCEur 1993, 1071) ". Sobre este particular ha dicho la STJUE 3 junio 2010 (TJCE 2010, 162), C-484/08, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó e) art 4.2 de la Directiva (LCEur 1993, 1071) a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva (LCEur 1993, 1071) "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva", Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva (LCEur 1993, 1071) , como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva (LCEur 1993, 1071). Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva (LCEur 1993, 1071) , sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la STJUE 3 Junio 2010 (TJCE 2010, 162), caso Caja Madrid, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva (LCEur 1993, 1071) y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071) , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. ..., presentadas el 12 febrero 2014, caso ..., C-26/13 (TJCE 2014, 105) , vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva (LCEur 1993, 1071) y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/23 (sic) (LCEur 1993, 1071), cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) , no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (TJCE 2010, 162) , antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071)".

Cuando se resuelve dicho asunto la STJUE 30 abril 2004, C-26/13 (TJCE 2014, 105), caso Arpad Kásler, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2., puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 8021), rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010 (RJ 2011, 148), rec. 1074/2007 , cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011 (RJ 2011, 1833), rec. 33/2003 , que citando las anteriores, expresa en su FJ 3o: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021), que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año , declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo



al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960) y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de Junio de 2010 (TJCE 2010, 162) -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril (LCEur 1993, 1071) , que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), rec. 485/2012, § 188 que indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 /CEE (LCEur1993, 1071): las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC [LEG 1889, 27] y 315 del CCom [LEG 1885, 21])- , sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "Método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diverso, puede recordarse lo que ha dicho la STS 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 8021), rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010 (RJ 2011, 148), rec. 1074/2007 , cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", o la. STS 2 marzo 2011 (RJ 2011, 1833), rec. 33/2003 , citando las anteriores, que en su FJ 3o asegura: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021), que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año , declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en tos artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960) y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , al tratarse, como en el presente Caso, de estipulaciones' no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162) -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE , de 5 de abril (LCEur 1993, 1071), que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. Como se aprecia, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva (LCEur 1993, 1071) . De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, ó el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidas, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art 4.2 de la Directiva (LCEur 1993, 1071) había de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito,

como rotundamente dispone el art. 1755 CCv (LEG 1889, 27), que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, que según nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Entidades, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv (LEG 1889, 27) cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), rec. 485/2012 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) : las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" ya "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -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 [LEG 1885, 21])- , sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

Es por ello, que no cabe sino concluir, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario resulta susceptible de análisis y control de abusividad.

Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Entidades en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071) , sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los demandantes consideran que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una dejas partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

Debe analizarse en primer lugar si el referido índice IRPH es un índice manipulable por una de las partes.

El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que pueda analizarse si; cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv (LEG 1889, 27) que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Por eso algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", en tanto que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes. El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv (LEG 1889, 27), Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de Julio de 2000, bajo la vigencia

de la Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2a de esa orden (RCL 1994, 1322) se dicta la Circular 5/1994, de 22 de junio(sic) (RCL 1994, 2281) , del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990 (RCL 1990, 1944) , sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a los que se refiere la orden. La Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden (RCL 1994, 1322) , las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2a que el IRPH Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 (RCL 1990, 1944) modificada por la Circular 5/1994 (RCL 1994, 2281) , del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6a.

La entidad demandada admite que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el IRPH Entidades, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv (LEG 1889, 27), y el art 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (RCL 2009, 697), por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos ó créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv (LEG 1889, 27) acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006 [RJ 2006, 9488], rec. 5670/2000 , 31 octubre 2007 [RJ 2007, 8644], rec. 3948/2000 , 10 octubre 2008 [RJ 2008, 5687], rec. 5707/2000 , 19 noviembre 2008 [RJ 2009, 392], rec 1709/2003 , 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006 , 22 diciembre 2009 [RJ 2010, 703], rec. 407/2006 , 11 junio 2010 [RJ 2010, 2677], rec. 1331/2006 , 7 octubre 2011 [RJ 2011, 6836], rec. 504/2008 , 30 octubre 2013 [RJ 2013, 7444], rec. 1899/2011).

Además la parte demandante ostenta la condición de consumidor, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906) , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU [RCL 1984, 1906]), vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyas previsiones contiene hoy el RDL 1/2007 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) .

El art. 2.1 de tal norma establecía que era derecho básico de los Consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 10 LGDCU (RCL 1984, 1906) en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios deben ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A, su vez el art. 13.1.d LGDCU (RCL 1984, 1906) decía que debe facilitarse información sobre "las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) en el indica que " [...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensibles".

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) 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 (LCEur 1993, 1071) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), el control de transparencia» como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (LEG 1889, 27) 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. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. 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.

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa". Sentado lo anterior cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (RCL 1998, 960) 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.

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tema la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo arlo de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, treinta y tres años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto. Aunque se alega que se ha negociado, tal alegación precisa prueba, que conforme al tercer párrafo del art. 10 bis 1 LGDCU (RCL 1984, 1906), compete al predisponente. No ha acreditado la parte demandada que los consumidores que se subrogaron en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000 y por ende en la cláusula tercera bis controvertida, recibiesen oferta vinculante. Tampoco se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos.

No consta la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera.

No se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (RJ 2013, 3088) (con su aclaración de 3 de junio [RJ 2013, 3617]).

No se incorpora como anexo a la escritura de subrogación hipotecaria la escritura matriz, ni se transcribe el contenido de la misma. No consta documental alguna que acredite que se produjo información a los consumidores, de la trascendencia económica de las cláusulas del préstamo hipotecario en el cual se subrogaban.

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor. Tal

como se colige a partir de la pericial practicada en la persona de Don Ángel Jesús . No existiendo dudas sobre la verosimilitud o imparcialidad de sus manifestaciones. De la documental número 16 del escrito de demanda, se colige que el índice IRPH cajas se ha situado siempre por encima del Euribor, y ha implicado que los consumidores paguen una mayor cantidad de intereses que en el caso de que se hubiese aplicado el índice Euribor. Debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

A ello no obsta la intervención de Notario. Dice, a tal respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013 (AC 2013, 1859) que "Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Difícilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad per se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "consumidor medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia. Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC (RCL 1998, 960) , que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088), rec. 485/2012 y reitera la STS 16 Julio 2014, rec. 1257/2013 , aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LCGC (RCL 1998, 960) "serán nulos de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley (RCL 1998, 960) o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv (LEG 1889, 27) , el art. 60.1 TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , y la disciplina bancada antes mencionada que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible. Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC (RCL 1998, 960) y 6.3 CCv (LEG 1889, 27) , debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH ENTIDADES.

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC (RCL 1998, 960) que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC (RCL 1998, 960) establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv (LEG 1889, 27) , obliga a la restitución recíproca de las prestaciones. El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv (LEG 1889, 27) , habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv (LEG 1889, 27), y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el

contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

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. Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071).

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva (LCEur 1993, 1071) en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro [TJCE 2006, 299], apartado 37; PannonGSM [TJCE 2009, 155], apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones [TJCE 2009, 309], apartado 51).

Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

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 93/13 (LCEur 1993, 1071). En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar 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 (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071), que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010 [TJCE 2010, 162], Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, Rec. p. 14785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenic [TJCE 2012, 55], antes citada, apartado 34).

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) reconoce expresamente que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 (LCEur 1993, 1071) y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".

Igualmente reconoce la referida Sentencia (RJ 2013, 3088) que Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012 (TJCE 2012, 143), Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores

(principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro [TJCE 2006, 299], apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones [TJCE 2009, 309], apartado 38)".

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), que atribuye 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". Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 (TJCE 2013, 145) (Caso DirkFrederikAsbeekBruse/Jahani BV), El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. 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. El contrato 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. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva (LCEur 1993, 1071). Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva (LCEur 1993, 1071) impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». 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 (LCEur 1993, 1071) 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. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071) 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. El artículo 6, apartado 1» de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor".

Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procedería dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo menor y se le devuelvan "los intereses cobrados de más" en lugar de solicitar la devolución íntegra de los intereses cobrados a razón de una cláusula abusiva, a fin de garantizar el principio de congruencia en las resoluciones y de conformidad con la STJUE de fecha 30 de Mayo de 2013 (TJCE 2013, 145) (Caso DirkFrederikAsbeekBruse/Jahani BV), (El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello), procede condenar a la demandada a devolver los intereses cobrados de más. En atención al informe pericial aportado junto al escrito de demanda, debe condenarse a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad de 6.659 euros correspondientes a las cantidades liquidadas de más en concepto de interés. Cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

Así mismo procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.

SEXTO .- Pues bien, la precedente doctrina ampliamente expuesta, resulta de total y absoluta aplicación a la presente Litis. Fundamentalmente, analizado y valorado el informe pericial de D. Florian . Razón por la cual, debe estimarse sustancialmente la demanda.



Así las cosas procede estimar la cantidad reclamada en concepto de devolución de 5.204,47 euros.

SÉPTIMO .- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil, al estimarse íntegramente la demanda se imponen las costas a la parte demandada.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás preceptos de general y pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda promovida a instancia de D^a Bibiana , y en su representación por la Procuradora de los Tribunales, D^a ROSA MARIA CORRECHER PARDO, asistido por el Letrado D. GONZALO LUCAS DÍAZ-TOLEDO, contra la entidad BANCO SABADELL, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a MARÍA GISBERT RUEDA y asistida por la Letrada D^a CARMEN ROMERO MARTÍNEZ,debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula financiera relativa a los intereses, concretamente en la identificada como Tercera bis, "Tipo de interés variable", disponiendo que (pág. 10 y 11) a partir de la fecha de 08.05.2007 y sucesivamente con periodicidad anual durante toda la vida del préstamo, el tipo de interés a pagar por el prestatario será revisado al alza o a la baja, tomándose como referencia los Tipos de referencia los índices oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de Cajas de Ahorro que, con periodicidad mensual, se publican en el BOE.

Si el Banco de España dejare de publicar aquella referencia en el BOE, la revisión del tipo de interés que habrá de operarse en los vencimientos que se produzcan.....se hará tomando el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad del conjunto de entidades de crédito que, con periodicidad mensual se publican en el BOE.

Manteniéndose la vigencia de escritura de préstamo hipotecario de fecha 8 de noviembre de 2006, otorgada ante el notario de Valencia, D. JOSÉ CORBÍ COLOMA, obrante en su protocolo con el número 3543, sin la aplicación del IRPH, como índice de referencia para las revisiones del tipo de interés.

Condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y calcular las futuras revisiones del tipo de interés aplicando el EURIBOR + 0,50.

Asimismo, debo condenar y condeno a BANCO SABADELL, S.A. a reintegrar a la demandante la cantidad de 5.204,47 euros, diferencia entre IRPH y el Euribor + 0,500 que ésta ha abonado desde mayo de 2007 hasta mayo de 2014, más las diferencias devengadas desde dicha fecha y las que se sigan devengando en el futuro, más los intereses legales de todo ello desde la fecha de presentación de la demanda; todo ello a calcular en ejecución de sentencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil, al estimarse íntegramente la demanda se imponen las costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN : mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de **VALENCIA** (artículo 455 LECn).

El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, exponiendo las alegaciones en que se basa la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Así lo pronuncia, manda y firma el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA CUTILLAS TORNS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil num. 3 de Valencia. Doy fe.

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.