

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 LLIRIA (VALENCIA)

Calle METGE JOSEP PÉREZ MARTINEZ, S/N
TELÉFONO:

N.I.G.: 46147-41-2-2016-0001310

Procedimiento: Asunto Civil 000258/2016

SENTENCIA Nº 000198/2016

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JESSICA TORTOSA APARICIO

Lugar: LLIRIA (VALENCIA)

Fecha: doce de septiembre de dos mil dieciséis

PARTE DEMANDANTE: -----

Abogado: LUCAS DIAZ TOLEDO, GONZALO y LUCAS DIAZ TOLEDO,
GONZALO

Procurador: CORRECHER PARDO, ROSA MARIA y CORRECHER PARDO,
ROSA MARIA

PARTE DEMANDADA BANCO SABADELL, S.A.

Abogado:

Procurador: RUEDA ARMENGOT, CARMEN

OBJETO DEL JUICIO: Resto de Ordinarios

_____Vistos por mí, Jessica Tortosa Aparicio, Juez de Adscripción Territorial con funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Llíria, los presentes autos de juicio ordinario a instancia de la Procuradora Dña. Rosa María Correcher Pardo en nombre y representación de D. ---- y Dña. ---- contra Banco Sabadell S.A. en reclamación de declaración de nulidad de la cláusula tercera bis y sexta y reclamación de 37.052,32 euros más intereses y costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por demanda de fecha de registro 8 de marzo de 2016, interpuesta por la Procuradora Dña. Rosa María Correcher Pardo en nombre y representación de D. ---- y Dña. ---- contra Banco Sabadell S.A. en reclamación de declaración de nulidad de la cláusula tercera bis y sexta y reclamación de 37.052,32 euros más intereses y costas, se incoa el presente procedimiento de juicio ordinario, emplazando a la demandada para que conteste mediante decreto de 11 de marzo de 2016, contestando la demandada en fecha 21 de abril de 2016 a través de la Procuradora Dña. Carmen Rueda Armengot.

SEGUNDO. - En fecha 22 de abril de 2016, se dicta decreto convocando a las partes para la audiencia previa, habiéndose celebrado ésta en fecha 16 de mayo de 2016. Las partes, tras afirmarse y ratificarse en sus respectivos escritos, fijar los hechos controvertidos, propusieron prueba, consistente en documental por reproducida, interrogatorio de los demandantes, testifical y pericial, convocándose a las partes a la vista para el día 27 de junio de 2016. El día señalado, se practicó la prueba propuesta y admitida, las partes efectuaron sus conclusiones valorando la misma, y tras ello, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, por razones de acumulación de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. Rosa María Correcher Pardo en nombre y representación de D. ---- y Dña. ---- se interpone demanda contra Banco Sabadell S.A. en la que se solicita se declare la nulidad de la cláusula suelo inserta en el préstamo hipotecario suscrito por los actores con la hoy demandada. Se insta la nulidad de dicha cláusula y en consecuencia se tenga por no puesta, calculando la cantidad a entregar en 37.052,32 euros sin perjuicio de las cantidades que se vayan devengando hasta que se dicte sentencia, más los intereses y con condena en costas para la demandada.

Por su parte, la demandada se opone a lo solicitado por los actores alegando en primer lugar como excepción la falta de acción ex lege, por inexistencia de objeto litigioso, así como pluspetición, y en cuanto al fondo del asunto sostiene la validez, legalidad y no abusividad de las citadas cláusulas, asegurando que el banco cumplió diligentemente con sus obligaciones de información y documentación, solicitando con ello la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Planteadas las posiciones de ambas partes, conviene resolver con carácter previo la excepción planteada por la demandada consistente en la falta de acción ex lege por inexistencia del objeto litigioso. Sostiene la demandada que no pueden los actores reclamar la abusividad de la cláusula relativa al interés variable, IRPH Cajas por cuanto el mismo ha desaparecido y ha sido sustituido por el IRPH Conjunto de Entidades. La parte demandante se opone a este extremo

El índice de referencia IRPH- Cajas en una cláusula incluida en la escritura, en concreto forma parte de la cláusula tercera bis, relativa al tipo de interés variable, y que *“a partir del 14 de mayo de 2006 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 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”.

La parte actora no está solicitando se declare la abusividad de la cláusula relativa al IRPH Cajas, que obviamente ya no es aplicable, sino que hace referencia en general al IRPH, entendiéndose que comprende el que está aplicándose en la actualidad, esto es, el IRPH Entidades de Crédito, por lo que considerando que la cláusula está inserta en el contrato, están perfectamente legitimados los actores para instar su abusividad, por lo que en consecuencia, procede la desestimación de la excepción alegada.

En segundo lugar, hace referencia la demandada a la existencia de pluspetición, señalando que para el improbable caso de que se estimase la demanda, la cuantía que procedería devolver sería de 19.009,04 euros, y no la reclamada. Esta cuestión será resuelta y sólo en el caso en que se estime la demanda, cuando se haga referencia a la cuantía que para el caso de admitirse la demanda procedería condenar a la demandada.

TERCERO. - Entrando a conocer sobre el fondo del asunto, son dos las peticiones efectuadas, la declaración de abusividad de la cláusula relativa al IRPH con las consecuencias de devolver la cuantía indebidamente cobrada, y la declaración de abusividad de la cláusula relativa a los intereses de demora.

En relación a la primera de las cuestiones, conviene señalar que el IRPH Entidades, es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15^ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013. Tal y como describe el informe del Banco de España solicitado, a modo de introducción: “El Banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en

defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades”.

Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

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

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

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La jurisprudencia, al respecto señala lo siguiente, entre otras la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, de fecha 10 de marzo de 2016: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (...). Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH*

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". Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015. La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba. Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

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

Por lo que respecta al supuesto que nos ocupa, se trata éste de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor, extremo este constatado por el perito en su informe y manifestado verbalmente en el acto de la vista por D. Vicente Olmos Estellés. Como puede apreciarse, del cuadro que efectúa el perito (página 6 del documento 3 de la demanda), se aprecia el comportamiento del IRPH y del que hubiera tenido el Euribor. Así, en 2006, mientras que el IRPH aplicado estaba al 4,088, el Euribor estaba al 3,105; en 2007 el primero estaba al 5,415 frente al 4,106, en 2008, pasó de 5,961 a 4,590, y ya en 2009, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional (en 2013 el IRPH estaba a 3,853, mientras que el Euribor a 0,545).

Por otro lado, y siguiendo con lo anterior, debe distinguirse la posibilidad de someter a control de transparencia las cláusulas impugnadas, del control de abusividad. En relación a la primera de las cuestiones, concluye la Sentencia de la AP de Álava de 10.03.2016 : *"en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato por tanto, no cabe el control del precio, sólo podemos analizar el control de transparencia que comprende el control de inclusión , la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significaba"*.

En relación a la primera cuestión, tras citar los párrafos 188, 189 y 190 de la STS, entiende que, si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato, con más razón lo será la cláusula que define el interés remuneratorio. Y en relación a la segunda, tras citar la STJUE de 03.06.2010, señala:

"Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado con este motivo de recurso: "El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" , y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados

miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" . Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración". En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.*
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.*

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".

Aunque conforme a lo argumentado por la AP de Álava no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia ¿doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores.

a)- En primer lugar mantiene la demandada que la cláusula que establece el tipo de referencia no tiene naturaleza de condición general de la contratación, ni puede ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

La primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales: "reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

La demandada, sostiene que se trata de un índice oficial y que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12). Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice IRPH Entidades un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado en el Fundamento anterior, en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello.

Por ello, no puede admitirse que no le sea aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma.

Sostiene también la demandada que no es aplicable la LCGC por cuanto, pese a ser cláusulas redactadas y predispuestas por el prestamista, han sido objeto de negociación y no son cláusulas impuestas.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio, es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

a) El hecho de que 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 por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

d) 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, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

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

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

d) La carga de la prueba de que una cláusula pre redactada 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".

La Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014, señala que: "Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo. - 2º del TRLCU, según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

En la escritura pública de préstamo hipotecario (página 39 del documento 2 de la demanda) se advierte que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada y de la existencia de condiciones generales de la contratación. La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues el testigo D. José Luis Lacasa Martínez, trabajador de la entidad demandada no pudo contestar a la pregunta de si se le explicaron las condiciones, así como si se podía elegir el índice de referencia, señalando que en determinados productos sí que se podía elegir, pero en otras ocasiones venían impuestos por la entidad, no pudiendo recordar si en el caso de autos se le posibilitó dicha elección a los actores, correspondiendo a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil probar este extremo, hecho que no ha realizado

Por tanto, resulta plenamente aplicable la ley de condiciones generales de la contratación y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores.

En relación al primero de los controles, el de transparencia, sostiene la jurisprudencia, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2014, lo siguiente: *"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). De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que, en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la

discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Además, el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 2013, señaló lo siguiente: *"Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor "*.

Y por lo que respecta al segundo de los controles, no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa. Y es que la única referencia al posible cumplimiento de las disposiciones de la Orden Ministerial de 05.05.1994, son las indicaciones que realiza el Notario en la escritura pública. Ciertamente la demandante no discute lo que referencia el Notario en la escritura pública aportada por ella misma, luego habrá que entender que aún sin haber visto la Oferta Vinculante y la forma en la que en la misma se pudiera referir al tipo de referencia principal y sustitutivo, el control de inclusión, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de incorporación de la cláusula se ve superado, por no ser discutido por la actora. Lo que expresamente se cuestiona en la demanda es que se le proporcionara información suficiente en orden a alcanzar una comprensibilidad real, es decir, a conocer qué es y cómo se configura el IRPH, su comportamiento histórico en relación a otros índices y desde luego a la posibilidad de optar por otro índice de referencia.

Y en relación a este extremo, sostiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013: *"El artículo 80.1 TRLCU dispone que "[en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con*

posibilidad de comprensión directa [...] b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". 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"(...) 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".

Y añade: " El Tribunal concluye: "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; y 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.

Y para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes la citada Sentencia enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

"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) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Aplicando ello al supuesto que nos ocupa, y en relación a la información que se debería haber facilitado a la prestataria en el curso de la oferta comercial para satisfacer las exigencias de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula, no existe prueba alguna. No hay documentación alguna que refleje las explicaciones que se deberían haber dado al cliente acerca del comportamiento de este índice y singularmente del hecho de ser un índice que siempre se ha situado por encima del Euribor, tal y como queda reflejado en el cuadro aportado por la parte y en el informe pericial explicado en el acto de la vista por su autor. Y corresponde a la entidad demandada acreditar que explicó al cliente la cláusula que contiene el interés variable, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas que el índice IRPH no fue la única propuesta y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, extremo este que no se ha acreditado.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia y por ello debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato. La nulidad y expulsión se refiere lógicamente al IRPH Entidades, sin que tal pronunciamiento que sin embargo sería trasladable al IRPH Cajas- sea necesario en el caso del índice sustitutivo al haber desaparecido definitivamente.

Las consecuencias de esa nulidad son claras, pues el artículo 9.2 de la LCGC, dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC 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 del Código Civil, 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, 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. 576.1Lec.

Ahora bien, 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. De este precepto se deduce 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, directiva que 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».

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), 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, (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.

CUARTO. -En cuanto a la cuantía a reintegrar por la entidad bancaria, sostienen los actores que la misma es de 37.052,32 euros, más la cantidad que se vaya devengando en el futuro. La demandada sostiene que la cantidad es inferior, ascendiendo a 19.009,04 euros aportando una reliquidación como documento cinco de la contestación a la demanda en que se calcula dicho importe. No obstante, se trata este de un documento unilateral elaborado por la propia entidad que fija la reliquidación del préstamo; sin embargo, de forma mucho más detallada ha aportado la demandante un informe pericial donde analiza la cuantía cobrada de más, y que fue explicada en el acto de la vista con mucho detalle por su autor, por lo que en consecuencia procede dar validez a este último, y estimar la cuantía reclamada por los actores. Ahora bien, dado que el informe no está actualizado a fecha de sentencia, será en ejecución de sentencia donde se determinará el importe, siendo el inicio del cómputo el día 14 de mayo de 2006, fecha en que comenzó a aplicarse el IRPH de conformidad con el párrafo primero de la cláusula tercera bis.

Así mismo procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más cero puntos de diferencial comprendido en la escritura.

Además, la demandada deberá reintegrar a los actores lo cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, desde el 14 de mayo de 2006 así como las que se hayan ido devengando, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia, devengando ello el interés legal desde las respectivas fechas de su devengo hasta la efectiva restitución de las mismas por la parte demandada.

QUINTO. - Por lo que respecta a la cláusula relativa a los intereses de demora, alega la parte demandante que los intereses de demora fijados en la escritura son abusivos. La parte demandada, sostiene que a pesar de haber pactado el 25% de intereses moratorios, para el hipotético caso en que se tuviese que llegar a una ejecución hipotecaria, los intereses a abonar no superarían el 12%.

En consonancia con las SSTJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, La STS de 9 de mayo de 2013 establece *“Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las*

circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2.013 declara en relación con los intereses de demora la comprobación del tipo de interés moratorio fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Para los nuevos préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, el actual artículo 114 LH ha establecido que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero. El límite de tres veces el interés legal ha sido aplicado a escrituras de préstamos hipotecarios anteriores a la reforma operada en resoluciones como el auto de 15 de mayo de mayo de 2.013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia. Para todo tipo de contrato que afecte a consumidor, sin perjuicio de tener cuenta las circunstancias concurrentes y las restantes cláusulas contractuales (STJUE 23 de febrero de 2.013) o que exista norma expresa para ese contrato, se ha adoptado como pauta orientativa en Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia entender abusivo los intereses que excedan del triple del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato. Este criterio ha sido también adoptado en la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2.013.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de junio de 2016, y por lo que a los intereses de demora se refiere señala lo siguiente: *“(…) En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril , llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento: «en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.» La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una*

cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

Siendo ello enteramente aplicable al supuesto que nos ocupa, siendo el interés de demora pactado al 25%, manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, procede considerarlo abusivo, con los efectos ampliamente analizados en el fundamento de derecho anterior en cuanto a la consecuencia de declarar nula una cláusula, es decir, tenerla por no puesta, no pudiendo dar acogida a lo señalado por el demandado de que sería de aplicación un máximo de un 12 para el caso de una hipotética ejecución.

SEXTO. - En virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de costas, y teniendo en cuenta la estimación sustancial de la demanda, procede condenar en costas a Banco Sabadell S.A. Y se trata de una estimación sustancial por cuanto la restitución de lo cobrado como consecuencia de la citada cláusula de interés de variable debe contabilizarse a partir del 14 de mayo de 2016 dado que las partes pactaron un tipo de interés nominal inicial del 3,416 durante la primera anualidad y cuya nulidad no se ha solicitado.

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

FALLO

Estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Rosa María Correcher Pardo en nombre y representación de D. y Dña. contra Banco Sabadell S.A. debo declarar y declaro la nulidad funcional por abusiva de la cláusula suscrita en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 13.05.2005, otorgada por D. y Dña. con la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo bajo la fe notarial de D. N., incluida en la cláusula tercera bis, en lo relativo a IRPH, sustituyéndolo por el Euribor condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. En consecuencia, debo condenar y condeno a la entidad demandada a suprimir dicha cláusula del condicional del citado contrato y sustituir toda mención de IRPH por el de Euribor; ello, no obstante, el contrato, que seguirá en vigor y resultará obligatorio para las partes en los mismos términos sin dicha cláusula abusiva.

Además, la demandada deberá reintegrar a los actores lo cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, desde el 14 de mayo de 2006 así como las que se hayan ido devengando, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia, devengando ello el interés legal desde las respectivas fechas de su devengo hasta la efectiva restitución de las mismas por la parte demandada. Asimismo, debo declarar y declaro nula la cláusula sexta del citado contrato teniendo los intereses moratorios por no puestos.

En materia de costas, procede la condena a la demandada Banco Sabadell S.A.

Notifíquese la presente resolución a las partes, así como la misma es susceptible de recurso de apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Valencia.

Líbrese certificación de la presente sentencia para su unión a autos, con incorporación de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. - La anterior Sentencia ha sido firmada, leída y publicada por la Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública el día señalado.

Doy fe.