

JUZGADO MERCANTIL Nº 8
BARCELONA
Asunto: J.O.

SENTENCIA

En Barcelona, a veintisiete de noviembre de dos mil catorce.

Vistos por Marta Cervera Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona, los presentes autos de juicio ordinario seguido con el número entre:

Demandante.- [redacted]
representado por el Procurador de los Tribunales D. [redacted] an y asistido por el Abogado Sr. [redacted] s.

Demandado.- La entidad U [redacted] C. representada por el Procurador de los Tribunales D. [redacted] y y asistido por el Abogado [redacted]

Causa.- Condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 17 de marzo de 2014 fue turnada en este juzgado demanda de juicio ordinario instada por el Procurador de los Tribunales Dª. [redacted] en nombre y representación de D. [redacted] EHA; en su escrito inicial, tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se dictara sentencia por la que se condene a la demandada a eliminar del contrato suscrito con el actor la cláusula.

Segundo.- La demanda fue admitida a trámite por decreto de 27 de marzo de 2014.

Tercero.- La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito de 7 de mayo de 2014 solicitando la desestimación con expresa condena en costas.

Cuarto.- Se convocó a las partes a una audiencia previa que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2014. En la audiencia previa las partes manifestaron no haber acuerdo entre ellas, se ratificaron en sus planteamientos iniciales y concretaron sus pretensiones; se resolvieron las excepciones procesales y a continuación ambas partes se pronunciaron sobre los documentos obrantes en autos, fijaron los hechos controvertidos, y se solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Admitida únicamente prueba documental quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Pretensiones de las partes.-

La representación de [redacted] ejercita una acción de nulidad de la cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes referida al IRPH solicitando su nulidad por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y por su carácter abusivo de conformidad con la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación. Así mismo solicita la nulidad de la cláusula relativa al interés de demora fijado en un 18%.

Por su parte la mercantil demandada se opone a las pretensiones de adverso sobre la base a los siguientes hechos:

1. Se alega la excepción de caducidad de conformidad con el art. 1.301 CC por transcurso de cuatro años desde la firma del contrato.
2. Se mantiene que se trata de una cláusula totalmente válida y lícita, que ha sido libremente negociada por las partes y no impuesta o predispuesta en el contrato de préstamo. Además que no supone la falta de equilibrio ni reciprocidad entre las

partes.

3. Que se trata de una cláusula relativa a la fijación del precio del contrato, por lo que no puede ser objeto de control por parte de los tribunales al no estar sometido al control de contenidos abusivos del art. 8 RDL 1/2007, además de ser transparentes y negociadas.

4. Se alega que se informó convenientemente a los actores sobre las cláusulas impugnadas constando tanto el proyecto de la operación y la oferta vinculante, como el proyecto informativo de tarifas de comisiones aplicables, simulación del cuadro de amortización y la declaración de compromiso y capacidad de pago.

Segundo.- De la prueba documental y demás practicada podemos fijar los siguientes hechos probados:

1. D. [REDACTED], suscribió con la entidad demandada préstamo por importe de 239.000 euros a devolver en 480 cuotas, pactándose en la cláusula tercera bis un tipo variable más el 0,23%.
2. La cláusula Tercera bis fija el interés variable mediante un índice de referencia IRPH "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de Ahorro"
3. La cláusula Sexta establece un interés de demora fijado en un 18%.

Tercero.- Caducidad de la acción de nulidad.

La parte demandada invoca la excepción de caducidad de la acción por haber transcurrido más de 4 años desde la firma del contrato de conformidad con el art. 1.301 del CC.

El art. 9 de la LCG remite para el ejercicio de la acción de no incorporación o de nulidad de una cláusula a lo dispuesto en sede de nulidad contractual, es decir, al art. 1.301 del CC, pero debemos destacar que el plazo previsto en la norma citada, ya que estamos ante una nulidad absoluta o radical, cuya acción es imprescriptible. Dicho plazo esta referido a los supuestos de anulabilidad. El caso que nos ocupa la acción de nulidad contra la clausula suelo es de nulidad absoluta.

Tal art. 1301 CC ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 28 de abril de 2011 , 23 de septiembre de 2010 , 22 de febrero de 2007 , 4 de octubre de 2006 , señalando esta última que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la "acción de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC , al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC , "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301 ... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , 25 de julio de 1991 , 31 de octubre de 1992 , 08 de marzo de 1994 , 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999).

Pero aún en el caso que entendiéramos aplicable el art. 1301 CC en relación con el cómputo del plazo la doctrina entiende que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato, por lo que la acción no puede caducar sino desde la consumación y el litigioso no puede entenderse cumplido ni consumado hasta la realización de todas las obligaciones. Y tal momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, hecho que no se ha producido en el caso de autos.

Cuarto.- Acción de nulidad.

La parte actora ejercita una acción de impugnación de la "cláusula IRPH" del contrato de autos por entender que es abusiva de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1998 de Condiciones Generales de Contratación.

Tanto a Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable al caso a efectos temporales, como la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (reformada por la Ley 39/2002 de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios y por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios), desarrollan, por un lado, el art. 51 de la Constitución, que mandata a los poderes públicos para que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, y por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad. Ambas leyes han sido reformadas por el Texto Refundido de la LGDCU operado por el RDL 1/2007.

El artículo 1º de la Ley 7/98 define las condiciones generales de la contratación como *"las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*. Por tanto esta ley se aplica a los denominados contratos de adhesión y se identifica a las partes del contrato como: predisponente - Es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos- y adherente - Puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica-.

En materia de condiciones generales de la contratación que tengan el carácter de abusivas, la formulación más pragmática es la que aparece en la Directiva 93/13 CEE que en su art. 2 indica que se entenderá por cláusula abusiva *"las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el art. 3"*. El art. 3 indica que *"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

La Ley de Condiciones Generales en la Exposición de Motivos reproduce la definición de cláusula abusiva de la Directiva: *"Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares"* remitiendo en el art. 8 de la Ley a la definición que de cláusulas abusivas da la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios e indicando que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor remitiéndose, en estos casos, a la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.

La parte actora considera que la cláusula IRPH es abusiva puesto que va en contra de las exigencias de la buen fe y en perjuicio de los demandantes causando un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones infringiendo el art. 82.1 RDL 1/2007. Al referirse dicha cláusula a un elemento esencial del contrato (el precio) no cabe el control del equilibrio de las "contraprestaciones", de tal forma que no cabe un control de precio (sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, el Pleno del TS). Ello no impide que se analice la denominada cláusula suelo de conformidad con la jurisprudencia comunitaria y del TS en el sentido 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"* (STS 9/05/2013).

Quinto.- Carácter abusivo de la "cláusula IRPH".

Se alega que el índice de referencia tomado para el cálculo del tipo de interés (IRPH CAJAS),

no ha sido negociado en ningún momento y se ha impuesto al consumidor generando un desequilibrio entre las partes por lo que los actores solicitan su nulidad.

Ya hemos adelantado que el índice sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y constituye un elemento esencial del contrato. Así se desprende del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CE y, a sensu contrario, del párrafo 229 de la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013. Si una cláusula, que puede ser aplicable o no al contrato, según la variación del tipo de interés, forma parte del precio, los parámetros que se utilizan de forma permanente y durante toda la vida del contrato para el cálculo del tipo de interés, deben tener la misma condición. Por tanto, la única posibilidad de atacar la citada cláusula es la de valorar que no es clara y comprensible, por ello debe llevarse a cabo el control de incorporación y transparencia previsto en el art. 5 y 7 de la LCGC.

En este caso, no puede dudarse de que las partes conocen, tampoco se niega, que su hipoteca va a girar sobre un índice denominado IRPH CAJAS. Se aporta por la demandada documentación suficiente que así lo acredita, el proyecto de la operación, folletos informativos y simulaciones de la evolución del tipo de interés pactado, además de constar la oferta vinculante previa a la firma del préstamo. Se cumple, por parte de la entidad demandada, con lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios – vigente en la fecha de constitución del contrato- en materia de información precontractual (art. 3 y 5, folleto informativo y oferta vinculante).

Por ello la citada cláusula supera con creces el control de incorporación y transparencia previsto en los art. 5 y 7 L 7/98, pues reúne los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez dado el propio redactado de la cláusula. No puede pretender la parte actora llegar a comprender cómo se obtiene el citado índice, igual que sucede en el caso del Euríbor, pero el sistema bancario tiene sus organismos de control y vigilancia que velan porque el cálculo sea correcto, lo que sí comprendió el consumidor era la cláusula que aquí se impugna, por cuanto de la información recibida era consciente que estaba firmando un préstamo referido al IRPH y no al Euríbor, comprensión que obtuvo tanto de la simple lectura de la cláusula como de los documentos precontractuales que se le suministraron, del propio préstamo y de las simulaciones y comparaciones que recibió de los índices que se podían utilizar, Euríbor e IRPH.

Por ello es obvio que la información suministrada permitía 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. Cuando se firmó el préstamo el índice pactado era más beneficioso que el Euríbor, habiéndose invertido la tendencia con el transcurso de los años. Por ello no podemos apreciar la nulidad de la citada cláusula puesto que se ha incorporado correctamente al contrato siendo conocedor el consumidor de la misma y de los riesgos que comportaba.

Quinto.- Interés de demora.

El art. 114 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo (en vigor desde el 16 de mayo de 2013), se establece que "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Conforme la disposición transitoria segunda de dicha Ley 1/2013, "dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos".

Así pues, cualquiera que sea el tipo pactado en el contrato de préstamo hipotecario, cuando la garantía grave la vivienda habitual del prestatario, el tipo de interés de demora no puede ser superior a tres veces el interés legal del dinero, en consecuencia la impugnación de la cláusula ha perdido su objeto, puesto que desde la entrada en vigor de aquella reforma, el 16 de mayo de 2013,

el tipo pactado no es aplicable en cuanto supere el límite legal. En tanto que la garantía tiene por objeto la vivienda habitual de los demandantes, la pretensión ha de ser desestimada al haber perdido su objeto la impugnación de la mencionada condición como consecuencia de dicha reforma legal, art. 413 LEC.

Sexto.- Costas.-

Las costas derivadas de la demanda se imponen a la parte actora al haberse desestimados las pretensiones de la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

**DESESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED]
en nombre y representación de I. [REDACTED] A [REDACTED]
A contra la entidad [REDACTED] S. con
expresa condena en costas a la parte actora.**

Contra esta sentencia podrá interponerse recurso de apelación ante la sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y llévase su original al libro de sentencias de este Juzgado.

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

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.