



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº [REDACTED] DE [REDACTED]

TIF: [REDACTED]
Número de Identificación General: [REDACTED]
Procedimiento: Procedimiento Ordinario [REDACTED] Negociado: [REDACTED]

JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO [REDACTED] DE [REDACTED]

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario [REDACTED]
MAGISTRADA-JUEZ [REDACTED] [REDACTED]

DEMANDANTES: [REDACTED]
PROCURADOR: Sr. Roldán López
LETRADO: Sr. Moreno de Acevedo Yagüe

DEMANDADA: CAIXABANK, S.A.
PROCURADOR: [REDACTED]
LETRADO: [REDACTED]

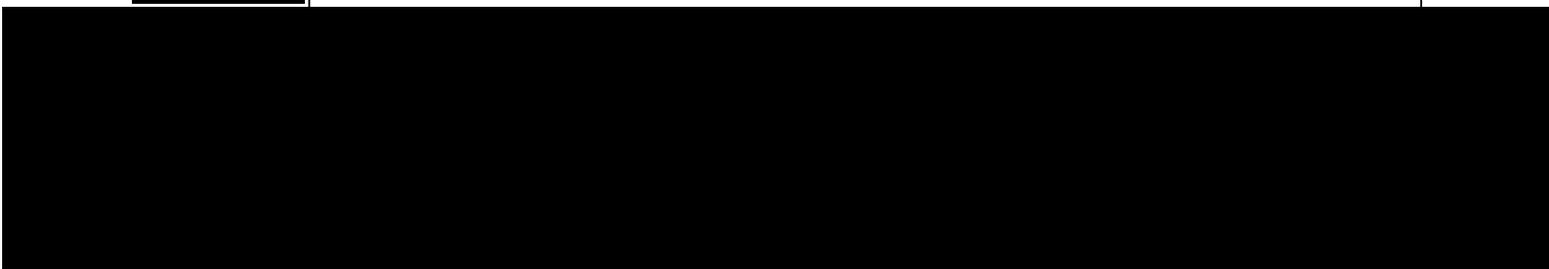
SENTENCIA Nº [REDACTED]

En Sevilla, a 28 de octubre de 2.016

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La representación procesal de D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad Barclays Bank, S.A.U., hoy CAIXABANK, S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, solicitaba se dicte sentencia que declare la nulidad de las siguientes cláusulas financieras:

1ª.- La cláusula TERCERA BIS. REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS, en relación con el tipo de interés de referencia “Euribor”.





2ª.- La cláusula SEXTA. INTERESES DE DEMORA del siguiente tenor: “**El retraso en el pago de las cantidades debidas, tanto por el principal como intereses devengará un interés de demora anual de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, con un mínimo en todo caso del 18%, que se computará a partir del día en que debió realizarse el pago, y ello sin necesidad de notificación al deudor ni de denuncia de mora. El interés demora es también aplicable en el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre la totalidad de la cantidad vencida y no pagada.**”

3ª.- La cláusula SEXTA BIS. CAUSAS DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA 1 b) del siguiente tenor: “**Falta de pago, en la fecha de su vencimiento, de cualquiera de las cantidades debidas contempladas en la escritura. Ya sea por principal o intereses**”.

Todas ellas de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 30 de marzo de 2007, concertada entre las partes litigantes, otrogada por el Notario [REDACTED].

Se pretende se anule el índice de referencia Euribor sin que sea sustituido por ningún otro, se condene a la entidad a recalcular el cuadro de amortización del préstamo desde su constitución, sin tener en cuenta la cláusula anulada, se condene a devolver a la actora la cantidad de 35.438,38€, más los intereses legales devengados, y se condene en costas a la demandada.

SEGUNDO: Se admitió la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada, emplazándole para que la contestasen en el plazo de veinte días con los apercibimientos legales, presentándose contestación a la demanda por la representación procesal de CAIXABANK, S.A., en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, solicitaba que se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda planteada de contrario con expresa imposición de costas a la parte demandante.





TERCERO: Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa al juicio, que tuvo lugar el día 31 de marzo de 2016 a las 10:00 h, y en la que constatada la imposibilidad de llegar a un acuerdo, las partes plantearon las cuestiones previas que tuvieron por conveniente y se posicionaron en cuanto a los documentos aportados de contrario, se fijaron los hechos controvertidos y las partes propusieron las pruebas que a su derecho convenía, admitiéndose las útiles y pertinentes, concretamente las documentales por reproducidas y la testifical de [REDACTED] y de [REDACTED]. Se señaló para la celebración del juicio el día 17 de octubre del presente a las 10:00 h.

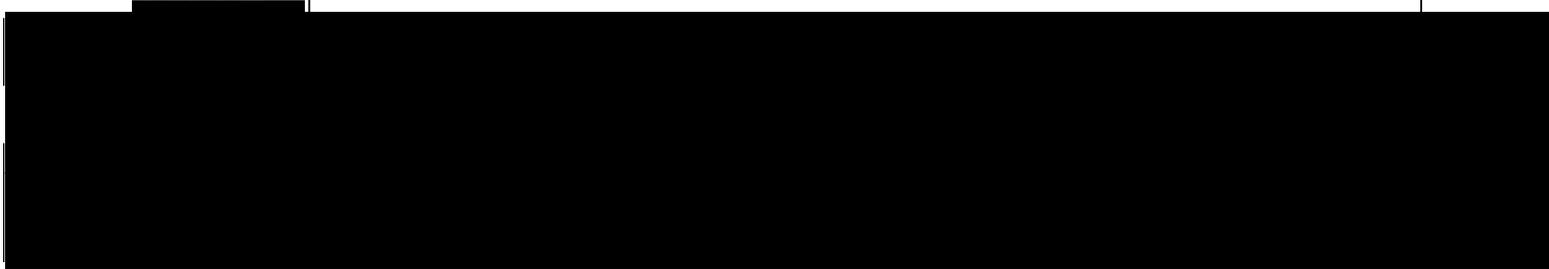
CUARTO: Practicada la prueba admitida en su día y emitidas las conclusiones por los letrados, quedó el juicio visto para sentencia.

QUINTO: En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Ejercita la parte demandante una acción de nulidad de condición general al amparo del artículo 82 y siguientes del Real Decreto-Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, alegando, en esencia, que la actora tiene la condición de consumidor, que las cláusulas detalladas en el hecho primero de esta resolución son una condición general de la contratación y que las mismas son abusivas.

A ello se opone la entidad demandada, de modo que, concedida la palabra a las partes en la audiencia previa para la fijación de los hechos controvertidos, de conformidad con el apartado primero del artículo 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las mismas consideraron que la controversia versaba sobre: **La nulidad de las mencionadas cláusulas por abusividad.**





SEGUNDO: Por lo que a la cláusula TERCERA BIS. REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS, en relación con el tipo de interés de referencia “**Euribor**” se refiere, significar que la actora pretende la nulidad del mencionado índice de referencia por prácticas abusivas, sin que proceda el establecimiento de índice alguno.

Es necesario contextualizar la problemática de la manipulación del Euribor. Para ello hay que poner de manifiesto que a partir de la unificación económica y estandarización de la moneda única, el Euro, los bancos europeos consideraron necesario la implantación de una nueva tasa de referencia interbancaria en la Unión Europea. A raíz de esto, surgen nuevos tipos de interés e índices para controlar la tendencia de la economía europea. El 15 de diciembre de 1997 la Federación Bancaria Europea (FBE) y la Asociación Cambista Internacional (ACI) anunciaron los avances en la creación de un nuevo tipo de interés llamado Euribor (EURO InterBank Offered Rate).

Según la definición dada por el Banco de España *“El Euribor es un tipo de interés de oferta al que una entidad de crédito está dispuesta a prestar fondos en euros a otro banco. Se calcula diariamente para los depósitos interbancarios con vencimiento a una semana, y entre uno y doce meses, a partir de la media de los tipos de interés de oferta diaria, redondeado al tercer decimal, de un panel representativo de las principales entidades de crédito”*.

El 27 de mayo de 1998 la Federación Bancaria Europea publicó la lista de los bancos elegidos para formar parte del Euribor, un total de 47. En un principio, el Euribor solamente se aplicaba en los bancos de los Estados miembros de la Unión Europea que formaban parte de la Eurozona. Este nuevo tipo de interés supuso un gran cambio para los países miembros ya que pasaría a sustituir sus índices de referencia nacionales. En el caso de España, el Euribor sustituyó al MIBOR el 1 de enero del 2000 a raíz del traspaso de competencias del Banco de España al Banco Central Europeo. Éste era el tipo de interés de referencia del mercado hipotecario en España pero a raíz de la creación del Euribor finalmente fue destituido.





La elección de los bancos que forman parte del Euribor se basa en criterios de mercado, dicho grupo de bancos serán aquellos bancos con un mayor volumen de negocio dentro de los mercados monetarios de la Unión Europea. Además, estarán dentro de este índice de referencia los bancos que ocupan las primeras posiciones según las agencias de calificación. Tal y como hemos dicho, este grupo estaba compuesto en un primer momento por un total de 47 entidades que van cambiando continuamente. Por ejemplo, en junio de 2012, el número de entidades se había rebajado hasta 44 bancos donde se encontraban algunos bancos de la Unión Europea que no participaban en el Euro desde un principio, como son: Barclays Capital, Den Danske, UBS y Svenska Handelsbanken. También serían de referencia bancos de países no pertenecientes a la Unión Europea, entre ellos JPMorgan y Bank of Tokyo – Mitsubishi. Esto se debe a la gran importancia del volumen de operaciones de estos bancos en la economía europea.

Este ha sido el sistema de selección para asegurar el reflejo eficaz de la diversidad del mercado monetario europeo, revisando cada año y periódicamente, los bancos que componen el índice para garantizar que sólo los bancos más activos contribuyan al cálculo del Euribor. El 30 de diciembre de 1998, el Euribor fue publicado por primera vez para la fecha del 4 de enero de 1999. Una de las razones de la trascendencia del Euribor en la economía europea es debida a que es un indicador muy importante en el mercado financiero ya que, actualmente y tras su nacimiento en el año 1999, el Euribor a un año es considerado la referencia más importante para los préstamos a interés variable. La mayor parte de las hipotecas con tipos variables se revisan con el Euribor, porque este índice registra menores fluctuaciones a lo largo del periodo del préstamo. En España, al igual que en muchos países europeos, los intereses aplicados sobre las hipotecas se calculan sobre el Euribor a 3 meses o a 1 año más un diferencial fijo.

El proceso de cálculo del Euribor es el resultado de una media aritmética de los tipos de interés básicos a los que los bancos se prestan dinero en la zona de la Unión Monetaria. Dicha media aritmética es publicada por Thomson Reuters cada día alrededor de las 11:00 horas de la mañana. El proceso a seguir es:

1. Las entidades participantes en el panel deben cifrar sus tasas automáticamente antes de las 10:45 a.m. hora de Europa Central todos los días que opere el





sistema TARGET. Cada entidad tiene una página privada con los datos aportados, dicha página sólo puede ser visitada por las demás entidades del panel y el personal de Thomson Reuters encargado de realizar el cálculo. Entre las 10:45 a.m. y las 11:00 a.m., los bancos del panel pueden corregir sus cifras si lo necesitan.

2. A las 11:00 a.m. Reuters pasará a procesar y calcular el Euribor, en primer lugar se elimina el 15% más bajo y más alto de los tipos de interés recolectados y se realiza la media aritmética del resto de valores, redondeando a 3 décimas.

3. Tras el cálculo, Reuters publica instantáneamente el tipo de referencia Euribor a través del sistema Bridge Telarate (Empresa de difusión telemática de información financiera), que está disponible para todos los suscriptores y agencias proveedoras de información autorizadas. Al mismo tiempo se publican los tipos de interés empleados en el cálculo, para así conservar la transparencia del proceso.

4. Antes de calcular el Euribor, el sistema verifica si todos los bancos del panel han suministrado los datos de acuerdo con el procedimiento establecido. Si uno o más bancos fallan, Reuters les recordará sus obligaciones. Si aun así no facilitan los datos a las 11 a.m. se calculará el Euribor sin esos datos y lo comunicará por escrito a la FBE (Federación Europea Bancaria). Si no llega al 50% el número de bancos que han facilitado los datos a las 11 a.m. Reuters retrasará el cálculo del Euribor hasta que el 50% de las entidades lo hayan suministrado. Si eso no es posible antes de las 11:15 a.m. deberá:

-Si 12 o más entidades del panel de 3 o más países han suministrado los datos, calculará y publicará el Euribor basado en esos datos.

-Si menos de 12 bancos o menos de 3 países han facilitado los datos, Reuters retrasará el cálculo del Euribor hasta las 12, haciendo constar el retraso en la página donde el Euribor debería estar publicado.

Una vez que ya sabemos el origen y el cálculo del Euribor, podremos entender fácilmente los escándalos que han ocurrido relacionados con esta tasa de interés. Además de ser una tasa de referencia de muchos productos financieros, el Euribor es un reflejo de la situación económica en cada momento. Tal y como





dijimos antes, es el tipo de interés al que los bancos se prestan dinero, por lo que en una situación de crecimiento económico y con poco riesgo de quiebra o recesión los bancos se prestarán dinero a unos bajos tipos de interés, con mucha facilidad y con pocas restricciones. En cambio, en situaciones de recesión económica, a los bancos les será muy difícil conseguir crédito, las tasas de interés subirán debido al riesgo y esto se verá reflejado proporcionalmente en el Euribor.

El estallido de la crisis económica mundial el 15 de septiembre de 2008 a raíz de la caída del gigante Lehman Brothers, creó un efecto dominó cuya situación llevó a la quiebra a muchos otros. A partir de aquí, se asentó una situación de desconfianza por impago no sólo a nivel particular sino también bancario y nacional. Muchos bancos reacios a conceder créditos, aumentaron las restricciones y por consiguiente elevaron sus tipos de interés, haciéndose cada vez más difícil conseguir financiación.

La EBA (European Banking Authority) y la ESMA (European Securities and Markets Authority) emitieron un informe en 2012 sobre la reforma en la administración y control del Euribor, en él se pueden encontrar los principales indicios de una manipulación en las publicaciones suministradas por los bancos entre 2004 y 2012. En este periodo se detectaron una serie de anomalías en las cuotas individuales de los bancos que se denominaron “Fat Fingers Errors”, en español, errores de dedos gordos. Debido a la importancia de los hechos y el impacto mediático de la manipulación tanto para los bancos implicados como para el sector bancario en general, hemos encontrado en este informe ejemplos de manipulación de distintos bancos, de los cuales no se ha revelado su identidad. Por ejemplo, el 5 de julio de 2006, el banco número 30 proporcionó cuotas entre el 44% y el 55,5% sobre la media, y el 14 de agosto de 2006, el mismo banco proporcionó cuotas del 66% sobre la media para una serie de vencimientos (de 1 semana a 3 semanas y de 2 meses a 5 meses). Otro de los indicios destacados en el informe sobre la manipulación fue el hecho de que algunos bancos proporcionaron cuotas muy diferentes de un día para el otro.

Debido a estos errores de los *fat fingers*, se comenzaron a hacer controles sobre el resto de datos para ver en qué medida se había estado haciendo esto y durante cuánto tiempo. Por ejemplo, el 10 de julio de 2012, el banco número 2 suministró una cuota de 1,17% en vez de





0,17% la cual era más probable. Como resultado de esto, la cuota fue excluida del resto para el cálculo del Euribor. Finalmente debido a la exclusión de este dato, la tasa final fue 0,171%. Si el error hubiera sido detectado y corregido, y por lo tanto, hubiera computado en el cálculo, la tasa final hubiera sido 0,170% en vez de 0,171%. Este “fallo” supone un simple 0,001% más en la tasa, lo que podría haber supuesto millones de ganancias para bancos prestamistas.

Según declaraciones de Thomson Reuters, el 10 de julio comprobaron las presentaciones de los bancos y de acuerdo con los resultados y la singularidad del dato se pusieron en contacto con el banco suministrador de la cuota errónea tres veces pero no obtuvieron respuesta. Aunque el cambio en la tasa sea pequeño en valor absoluto, incluso esta pequeña diferencia puede tener un impacto enorme en los flujos de efectivo de muchos derivados que utilizan el Euribor como referencia. Por lo tanto, la incapacidad para hacer frente a los errores en las presentaciones ha tenido un impacto en el nivel del Euribor. Estos ejemplos que hemos explicado anteriormente demuestran como un solo banco puede afectar directamente en el resultado del Euribor a pesar del gran tamaño del panel.

Otra de las características e inusuales acciones por parte de los bancos que han contribuido al descubrimiento de la manipulación es que casi la mitad de las cuotas son idénticas de un día para otro. Por ejemplo, uno de los bancos del panel suministró cuotas idénticas consecutivamente durante 67 días para todos los vencimientos entre febrero y mayo de 2010. Esto podría significar que las presentaciones pueden no ser un indicador adecuado del movimiento de la economía. No solo con esto, algunos bancos también han tenido cambios drásticos en sus tasas. Según la Euribor-EBF algunos bancos, los cuales no ha dado su identidad, han sido excluidos en el 80% o el 50% de los cálculos entre 2010 y 2012.

El proceso que seguían los operadores de los bancos implicados para manipular la tasa era muy sencillo y poco complejo. A través de correos electrónicos se ponían de acuerdo y expresaban sus intereses acerca de cuál debería ser el rumbo de las cotizaciones. Una vez que Barclays accedió a colaborar con la investigación, delató al resto de bancos para bajar la multa impuesta, por lo que aportó una serie de pruebas, entre ellas, diversos correos





electrónicos y testimonios de muchos de sus trabajadores

Como consecuencia de todas estas prácticas, la Unión Europea ha impuesto sanciones a los responsables de que esto sucediera durante tantos años, Bruselas impuso la mayor sanción de su historia. una suma total de 1.712 millones de euros repartida entre los implicados. Los bancos penalizados han sido Deutsche Bank, Royal Bank of Scotland, Société Générale, JP Morgan, Citigroup y RP Martin. Por el contrario Barclays y UBS no han sido sancionados por parte de la Unión Europea por delatar al resto. Estas sanciones fueron impuestas el 4 de diciembre de 2013, un año y medio después de que se destapara el escándalo. Según el vicepresidente de la Comisión y responsable de Competencia, Joaquín Almunia, la razón de esta multa se debe a la infracción de diversas normas de la ley antitrust o derecho de la competencia. Almunia destacó que *“Dentro de sus infracciones están el intercambio de información confidencial y comercial sensible con otros operadores del mercado que no deben compartir, así como, comunicar sus estrategias comerciales, estrategias de precios y posiciones comerciales”*. Este añadió, *“Lo que es impactante en los escándalos del Libor y del Euríbor no es sólo la manipulación de los índices de referencia sino también la colaboración entre bancos que deberían competir entre ellos”*.

Una vez avanzada la investigación y conocidas las malas prácticas, se les ha imputado a cada banco sus correspondientes delitos, en concreto, Barclays, UBS, Deutsche Bank, Société Générale y Royal Bank of Scotland han sido imputados por participar en un cártel con el objetivo de manipular el Euribor entre 2005 y 2008 para su propio beneficio o para reflejar una situación de solvencia económica durante la crisis. Barclays se libró de una multa de 690 millones debido a su colaboración en la investigación pero la entidad ya habría sido multada en 2012 con 290 millones de libras por la manipulación del Libor. Meses más tarde, el 20 de mayo de 2014, la Comisión Europea acusó a HSBC, JPMorgan y Crédit Agricole de manipular el Euribor. Todas estas multas han sido calculadas en función de las ventas sujetas al delito, el tiempo que han participado en los cárteles y valorando la gravedad de la infracción, entre otros factores. Un mes más tarde, en octubre de 2013 el banco holandés Rabobank acusado de la manipulación del Libor y Euribor por parte de sus operadores mandó un comunicado en el que expresaba el reconocimiento de los delitos por los que se le acusaba . Según los investigadores, un total de 30 trabajadores intervinieron en





la manipulación e influyeron en la fijación del Líbor y Euribor entre 2005 y 2010.

Una de las principales consecuencias de este hecho es la desconfianza generada entre particulares y empresas, haciendo tambalear la economía mundial. En el caso de Europa y España, país en el que el 80% de las hipotecas están referenciadas al Euribor, su modificación ha afectado a millones de prestatarios. La Unión Europea, con el objetivo de evitar una avalancha de demandas por parte de los consumidores a los bancos, ha asegurado que *“las malas prácticas no afectan a los particulares”*.

En octubre-noviembre de 2012, la European Securities and Markets Authority (ESMA) y la European Banking Authority (EBA) decidieron realizar una revisión sobre el proceso de cálculo del Euribor debido a los recientes escándalos. Un par de meses más tarde, el 11 de enero de 2013, ESMA y EBA publicaron una serie de recomendaciones formuladas al Euribor-EBF destinadas a mejorar la gobernanza y la transparencia del proceso de fijación de tasas del Euribor que fueron finalmente aceptadas. La primera medida llevada a cabo fue el cambio de definición del Euribor como *“la tasa a la que los depósitos a plazo interbancario en euros se están ofreciendo dentro de la zona monetaria Europea por un banco principal a otro a las 11.00 horas, hora de Bruselas”*. El 20 de junio de 2014 el Euribor-EBF se convirtió oficialmente en el EMMI (European Money Markets Institute), el Instituto Europeo de Mercados del Dinero. Este cambio fue acompañado de un periodo de reforma en profundidad con el objetivo de mejorar la transparencia y fiabilidad de la administración del Euribor.

Pero la manipulación que se hizo fue tanto para aumentar como para disminuir las tasas, por lo que en ciertos momentos había grupos que podrían perder y otros ganar, en cambio, los bancos siempre satisfacían sus intereses. Debido a la ambigüedad del lapso de tiempo de la manipulación y la imposibilidad de calcular sus beneficios, nunca sabremos las consecuencias reales de este hecho. En España, al igual que en muchos países del mundo, muchas familias y empresas han dejado de pagar sus préstamos hipotecarios ante la imposibilidad de hacer frente a las cuotas. Teniendo en cuenta la influencia del Euribor en el caso de España en la revisión de la mayoría de los préstamos, suponemos que una subida de tasas ha podido ocasionar la suspensión de pagos de dichas familias y empresas. Por ello,





muchos afectados se han puesto en marcha tanto en organizaciones como individualmente para protestar sobre sus pérdidas ante la manipulación del Euribor. Los reguladores en este caso, echan la vista a un lado alegando que esta manipulación no afecta a los usuarios tal y como afirma Joaquín Almunia (2013) *“el dictamen contra los bancos que participaron en el cártel no abre la vía para que los particulares reclamen daños y perjuicios por la manipulación del tipo de interés de su hipoteca, dado que no les afectó directamente”*, sabiendo que una posible reclamación de la innumerable cantidad de afectados por la manipulación, supondría una auténtica catástrofe para el sector bancario ante la imposibilidad de responder económicamente.

TERCERO: Siendo a tenor de las manifestaciones más arribas referenciadas, un hecho objetivo, que se ha producido una manipulación en el Euribor, índice de referencia de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria objeto de autos, es evidente, que dicha manipulación ha influido en el precio que el actor debía satisfacer a la entidad demandada en concepto de interés remuneratorios, como contraprestación al capital prestado, sin que esta juzgadora comparta las manifestaciones de la Unión Europea en cuanto a que *“las malas prácticas no afectan a los particulares”*. Dicho esto, nos encontramos con la enorme dificultad de determinar, en primer lugar, y en relación al caso que enjuicamos, a qué período concreto de la vida del préstamo ha afectado esta manipulación del Euribor, y en segundo lugar, cuál fue el Euribor que debió aplicarse. Porque no es lícito lo pretendido por la actora, en el sentido de que se declare la nulidad de la cláusula en cuestión durante toda la vida del préstamo, pues no ha habido manipulación durante toda su vigencia, teniendo en cuenta además, que la duración del mismo es hasta 2037, y menos aún, que no se establezca tipo sustitutivo alguno, pues todo préstamo bancario lleva implícito un pago de intereses por la propia naturaleza del mismo.

Las investigaciones efectuadas concluyen que las malas prácticas llevadas a cabo por la entidad Barclays, hoy Caixabank, S.A., por participar en un cártel con el objetivo de manipular el Euribor, se produjo entre 2005 y 2008. No obstante, será la actora la que en ejecución de sentencia, deba determinar a que período concreto de la vida de su préstamo con garantía hipotecaria afectó la manipulación del Euribor, y cual fue el Euribor que se le debió aplicar, con la finalidad de realizar los cálculos procedentes y que se restituya al actor,





si procede, las cantidades abonadas de más.

CUARTO: SOBRE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

El TJ (UE) señaló en sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-415-11) que el tipo de interés de demora debería ser el adecuado para garantizar los objetivos perseguidos. El interés de demora tiene un componente resarcitorio para el acreedor (en la medida en que el cumplimiento es tardío) pero también goza, como ha señalado la jurisprudencia (sentencias de la Sala 1ª del TS 2 de octubre de 2001 y de 4 de junio de 2009), de una importante función sancionatoria, que tiende a desincentivar el incumplimiento o el cumplimiento tardío. Como referencia podemos considerar que todo lo que supere el interés legal al que se refiere el artículo 1108 del C. Civil, participará precisamente de la condición de sanción.

La Directiva 93/13/CEE considera, en su anexo, que sería abusivo imponer al consumidor que no cumpla con sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta. Éste es el principio que orienta la redacción del artículo 85.6 del RDL 1/2007 del TRLGDCU, conforme al cual debe ser considerada abusiva una cláusula que suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor o usuario que no hubiera cumplido con sus obligaciones. A su vez, el artículo 87.6 del mismo cuerpo legal es contrario a la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Resulta interesante, a los efectos de verificar si existe desproporción, tomar en cuenta las referencias más significativas que nos proporciona el propio ordenamiento jurídico, tales como:

1º) el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 de Crédito al consumo (que suplió a la Ley 7/1995 y ya contenía una regla similar en su art. 19.4), que se refiere a 2,5 veces del interés legal del dinero;

2º) el artículo 7 de la Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, contempla el tipo de interés del BCE más 7 puntos;

3º) la Ley 50/1980 del contrato de seguro contempla un interés de demora que será el tipo legal incrementado en un 50 % (y sólo si la aseguradora dejase pasar dos años sin





indemnizar al asegurado, se aplicaría al empresario asegurador la gravosísima y excepcional consecuencia de un interés muy similar al que aquí tratamos – 20 % vs. 19%);

4º) la regla dispositiva sobre los intereses moratorios que está señalada por ley, con carácter general, en el artículo 1108 del C. Civil, contempla, a falta de otra específica, el pago del interés legal ; y

5º) los denominados intereses procesales están señalados por ley, en el artículo 576 de la LEC, a falta de norma especial o previsión convencional, en el tipo del interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

Cada norma tiene su propio ámbito de referencia, cada uno de ellos con sus propias peculiaridades, pero todas ellas tratan el problema de cómo penalizar proporcionadamente a la contraparte por su incumplimiento. Por otro lado, consideramos que precisamente el caso de las operaciones a las que se refieren las cláusulas aquí impugnadas, que son préstamos hipotecarios, no deberían merecer un tratamiento en esta materia más gravoso que el de esos otros supuestos a los que nos hemos referido, pues precisamente el acreedor goza en ellas de garantías más fuertes (en concreto, la del derecho real de hipoteca, que afecta la propia finca al pago del préstamo) que en otras relaciones contractuales, significadamente, por ser los más próximos en su finalidad, con relación a los de concesión de crédito a los consumidores sin garantía real, por lo que no se justificaría que los intereses moratorios fuesen más altos que en otras operaciones que no gozasen de tal privilegio.

Por otro lado, el propio legislador, en la reciente reforma por Ley 1/2013 (tras el precedente que significó el RD 6/2012 que, aunque para un tipo determinado de sujetos en condiciones económicas particularmente delicadas, señalaba la procedencia de establecer como límite la suma al interés remuneratorio de un 2.5 % sobre el capital pendiente del préstamo), ha decidido modificar el artículo 114 de la LH para establecer como límite al interés moratorio el de tres veces el interés legal del dinero. Estamos ante una norma posterior al inicio del litigio, pero que resulta bastante reveladora de la contención que debe predicarse en una materia donde las entidades bancarias han venido incurriendo en manifiestos excesos.

La imposición de un interés moratorio de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, **con un mínimo en todo caso del 18%**, resulta en el contexto descrito tanto una penalización como una indemnización excesiva, pues no es fruto, y quedaría, en principio, muy lejos de poder





ser el resultado de ello, de un criterio similar a los diversos patrones que hemos señalado como referencia (para comprender su trascendencia podemos tener en cuenta que el interés legal ha estado moviéndose en la década previa al inicio del proceso, lo que constituye período significativo, en un horquilla comprendida entre el 3,75, como mínimo, y el 5,5 %, como máximo). El tipo de interés fijado en las cláusulas impugnadas ni guarda relación con ninguna de las fórmulas expresadas, ni con otras que pudieran significar una proporcionalidad parangonable a ello. Francamente, resulta difícil de justificar que la necesidad de compensar los perjuicios causados al banco por el retraso y la de desincentivar el incumplimiento, finalidades éstas que no cuestionamos, necesiten de una estipulación de intereses moratorios del rango que contemplan las cláusulas impugnadas, sin consideración al empleo de una fórmula que guarde una adecuada proporción a tales fines, cuando precisamente el pago de la cuota de la vivienda habitual (siendo así que éste precisamente es el contexto de las cláusulas que estamos analizando, pues se insertan en una operación de ese tipo) es una obligación que, por razones de conservación del techo familiar, se intenta atender con especial cuidado por parte de los usuarios de servicios bancarios.

La apreciación del carácter abusivo de la cláusula conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda su moderación por vía judicial.

QUINTO: SOBRE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Como es igualmente sabido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 14 de marzo de 2013 respondió a una cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, planteada por el JM nº 3 de Barcelona. Dicha cuestión contenía dos preguntas, una sobre si la ejecución directa (hipotecaria) española con sus restricciones a los motivos de oposición, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por obstaculizarle el ejercicio de acciones en defensa de sus derechos; y la segunda sobre el carácter abusivo de tres cláusulas del contrato de hipoteca ejecutado (la indicada liquidación unilateral, intereses de demora pactados y vencimiento anticipado por impago de una cuota).

Aunque aquí interesa sobremanera la segunda pregunta, a la primera el Tribunal responde que la legislación española es incompatible con la interpretación de la Directiva





93/13/CEE por no prever la alegación del carácter abusivo de una cláusula en la ejecución hipotecaria directa y por no admitir la suspensión de la misma en el proceso declarativo donde se discuta tal carácter abusivo de una estipulación no negociada individualmente.

A la segunda pregunta, el Tribunal responde diciendo que la competencia para apreciar el carácter abusivo de una cláusula es del juez nacional, interpreta el concepto de cláusula abusiva y fija unos criterios que ese juez debe aplicar al valorar la validez o nulidad por abusiva de una tal estipulación.

Con carácter general dice que:

“67. Sentado lo anterior, es preciso poner de relieve que, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente (véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (LA LEY 80404/2004), Rec. p. I-3403, apartado 19, y *Pannon GSM*, antes citada, apartado 37).

68. Pues bien, tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.

69. En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en





atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

70. En este contexto, ha de recordarse que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (véase la sentencia *Invitel*, antes citada, apartado 25 y jurisprudencia citada).

71. Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (sentencias antes citadas *Pannon GSM*, apartado 39, y *VB Pénzügyi Lízing*, apartado 42). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, antes citada, apartado 21, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost'*, C-76/10 (LA LEY 203265/2010), Rec. p. I-11557, apartado 59).

72. Estos criterios son los que debe considerar el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas a las que se refiere la segunda cuestión planteada.

73. En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en





el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”.

Pues bien, teniendo en cuenta los parámetros que la sentencia da para interpretar cuando estamos ante una cláusula abusiva ha de señalarse lo siguiente:

A) Con carácter general (apartados 68 a 71 de la sentencia):

1) Concurrencia de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor. Tanto lo dispuesto en el art. 1129 CC como en el art. 693 LEC, establecen una solución más favorable al consumidor que la cláusula sexta bis a) sobre vencimiento anticipado del contrato por impago de una cuota cualquiera de amortización. Recordemos que el art. 693 LEC, tras la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de marzo, exige al menos el impago de tres mensualidades. La cláusula desde ese punto de vista supone un detrimento para la persona consumidora, que es indicio de su carácter abusivo.

2) Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en una negociación individual. El nº de cuotas impagadas para que se produzca el vencimiento anticipado es tan mínimo, una sola cuota, que no da la más mínima posibilidad al deudor para enjugar cualquier inconveniente que le pudiera surgir en el pago de sus obligaciones hipotecarias. Sin duda, ese estrecho margen, lleva al convencimiento de que el adherente en una negociación individual no hubiera aceptado dicho plazo. Además, ante la reclamación del acreedor el prestatario sólo puede rehabilitar el préstamo y librarse de la vinculación de las cláusulas abusivas por la vía del art. 693.3 LEC, lo que es francamente imposible si no se da nuevo crédito al deudor de buena fe que no paga.





3) Esta cláusula, aunque no está en el listado de cláusulas abusivas de la Directiva, que ha de recordarse es indicativa y no exhaustiva, puede entenderse comprendida teniendo en cuenta que puede dar lugar a una indemnización desproporcionadamente alta.

4) Por último atendiendo a lo establecido en el art. 4.1 Directiva, debe recordarse que estamos ante servicios financieros, que además de por el impago de una cuota el vencimiento anticipado también se imponía por incumplimiento del deudor de sus obligaciones principales o accesorias, y que como se ha dicho, ante el impago de una cuota, desmedidamente, el deudor para salvar la situación tenía que pagar todas las cantidades vencidas, lo que resulta problemático para un deudor que no ha podido pagar una cuota hipotecaria mensual.

B) Con carácter particular (apartado 73 de la sentencia) debe verificarse:

1) Si la facultad del acreedor depende del incumplimiento de una obligación esencial del contrato. La cláusula sexta bis no distingue entre impago de capital y de intereses, siendo ésta una prestación accesoria. En todo caso, aunque el pago de la cuota de capital sea una obligación principal, el nuevo art. 693 LEC sitúa en tres las mensualidades pendientes de abono, de forma que sin alcanzar tal umbral no puede decirse que el deudor haya incumplido su obligación esencial.

C) Si esa facultad es para cuando el incumplimiento es suficientemente grave en duración e importancia. Debe reiterarse lo anterior, con la nueva regulación del art. 693 LEC sólo ante el impago equivalente a tres mensualidades estaremos ante un incumplimiento grave. Debe tenerse en cuenta, además, que el plazo del préstamo era de 30 años.

D) Si la facultad es una excepción respecto a las normas aplicables en la materia, comparada dicha facultad con el art. 1129 CC y 693 LEC desde luego es excepcional.

E) Si el Derecho nacional da remedios al consumidor para hacer frente al vencimiento anticipado. Como hemos visto, se da la posibilidad de rehabilitación del préstamo que contempla el art. 693.3 LEC, lo que resulta improbable, casi imposible, si no





se habilitan medios financieros a favor del deudor.

Por todo ello, la cláusula debe declararse nula por la falta de importancia del incumplimiento en relación a la cuantía y duración del préstamo y demás argumentos indicados, tanto generales como particulares.

SEXTO: De acuerdo con el segundo apartado del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos declarativos, si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no se que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, que no es el caso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED], contra la entidad CAIXABANK, S.A :

1.- En cuanto al primer pedimento, la actora en ejecución de sentencia, deberá determinar a qué período concreto de la vida de su préstamo con garantía hipotecaria afectó la manipulación del Euribor, y cual fue el Euribor que se le debió aplicar.

2.- Declaro la nulidad, por abusividad, de la cláusula Sexta. INTERESES DE DEMORA, de la escritura de préstamo hipotecario de 19/01/05, del siguiente tenor: **“El presente préstamo devengará en concepto de penalización para el caso de mora de la parte prestataria, un tipo de interés de demora del veintidós enteros cuatrocientas ochenta**





milésimas por ciento (22,480%) nominal anual que se devengará diariamente.”

3.- Declaro la nulidad, por abusividad, de la cláusula SEXTA BIS. CAUSAS DE RESOLUCIÓN ANTICIPADA 1 b) del siguiente tenor: **“Falta de pago, en la fecha de su vencimiento, de cualquiera de las cantidades debidas contempladas en la escritura. Ya sea por principal o intereses”.**

4. Declaro la subsistencia del resto del contrato.

5. En cuanto a las costas causadas en el presente procedimiento, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes de este procedimiento haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de [REDACTED] (artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla (artículo 458.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banesto nº [REDACTED], indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código ‘02’, de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta sentencia, de la que se unirá testimonio literal a los autos,





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

la pronuncio, mando y firmo . Doy fe.

E.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada-Juez Stta. que la suscribe en el mismo día de su fecha y estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

