

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-14/009893

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2014/0009893

### **R.apela.merca.L2 225/2016 - A**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: UPAD Mercantil -  
Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz /  
Merkataritza-arloko ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1  
zenbakiko Epaitegia Autos de Proc. ord. 467/2014 (e)ko autoak

Recurrente/Errek.: KUTXABANK

Procuradora/Prokuradorea: MARIA C. MENDOZA ABAJO

Abogado/a / Abokatua: IGOR ORTEGA OCHOA

Recurrido/a / Errekurritua: [REDACTED]

Procurador/a / Prokuradorea: JAVIER AREA ANITUA

Abogado/a / Abokatua: ANGELA DOMINGUEZ BENITEZ

### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D<sup>a</sup> Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Edmundo Rodríguez Achutegui, Magistrados, han dictado el día treinta y uno de mayo de dos mil dieciséis,

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA Nº 188/16**

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 225/16 procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 467/14, promovido por **CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ALAVA-KUTXABANK** dirigida por el Letrado D. Igor Ortega Ochoa y representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Concepción Mendoza Abajo, frente a la sentencia nº 239/15 dictada en fecha 29-10-15, siendo parte apelada [REDACTED] dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Ángela Domínguez Benítez y representado por el Procurador D. Javier Area Anitua. Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Madaria Azcoitia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó

sentencia cuyo **FALLO** es del tenor literal siguiente:

*"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED] representado por el Procurador Javier Area Anitua, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,*

*DECLARO:*

*1. La nulidad de la cláusula que establece el tipo de referencia a aplicar en el préstamo hipotecario existente entre las partes y referido en la escritura pública de [REDACTED] autorizada por el Notario Enrique Arana Cañedo –Argüelles, y concretamente en la cláusula segunda a) de la referida escritura (nº de protocolo [REDACTED]) y que establece:*

*“a) (...)*

*En el resto del plazo del préstamo tal interés será variable con periodicidad semestral, quedando determinado por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las Entidades de Crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.1994 que se publica en el BOE más un MARGEN de 0,50 puntos”.*

*Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.*

*Y CONDENO a la demandada:*

*-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.*

*-A devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. La devolución podrá hacerse bien abonando directamente al demandado dicha cantidad, bien mediante compensación e imputación de los intereses a devolver al principal pendiente de amortizar en el préstamo.*

*-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.*

*Se condena en costas a la demandada. "*

**SEGUNDO.-** Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de **KUTXABANK, S.A.** recurso que se tuvo por interpuesto el 07-01-16, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de [REDACTED] escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Comparecidas las partes y recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, con fecha 21-04-16 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia. Tras los trámites oportunos, por providencia de 04-05-16 se señaló para deliberación, votación y fallo el 17-05-16.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso el pronunciamiento de la sentencia de instancia que conforme a la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios declara nula la cláusula segunda a) del contrato de préstamo hipotecario, para la adquisición de vivienda, otorgado por la demandada al demandante y que se plasmó en la escritura pública nº [REDACTED], del protocolo del Sr. Arana, notario de Vitoria-Gasteiz.

La referida cláusula regula el interés remuneratorio a partir del segundo año. Lo establece a tipo variable, con referencia al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las Entidades de Crédito (IRPH) definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.1994 que se publica en el BOE, más un MARGEN de 0,50 puntos.

La sentencia de instancia estima la demanda en los términos que constan en su fallo, al entender que la referida cláusula sobre intereses constituye una condición general, en virtud de la cual se introduce en el contrato un tipo de interés referido a un índice que resulta perjudicial para el consumidor y que no supera el control de transparencia en la contratación, por lo que resulta abusivo y nula la referida cláusula de interés remuneratorio. Por ello considera que debe ser excluida del contrato, manteniéndose la vigencia de éste en el resto de cláusulas.

Frente a la sentencia de instancia se alza en apelación la demandada. Reitera los argumentos esgrimidos en la instancia, en concreto refiere los siguientes motivos del recurso:

- 1 -Carácter negociado del tipo de interés y su exclusión de ámbito de aplicación de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- 2 -Imposibilidad del control de abusividad, al ser el interés remuneratorio objeto principal del contrato.
- 3 -Naturaleza del índice IRPH, su configuración legal e imposibilidad de acciones de nulidad sobre condiciones generales normativas.
- 4 -Control de transparencia aplicado a la cláusula de autos.
- 5 -Validez y no abusividad del IRPH Entidades.

### **SEGUNDO.- Carácter negociado del tipo de interés. Condiciones Generales de la Contratación.**

Las cuestiones suscitadas en el presente recurso han sido objeto de análisis por esta Sala en la sentencia nº 85/16, rollo de apelación nº 619/15, en un supuesto semejante referido a un contrato de préstamo hipotecario concedido por la misma entidad bancaria, donde el interés remuneratorio era asimismo variable, a partir del segundo año, y referenciado al IRPH total entidades (TAE), con un diferencial de 0'50 puntos.

La recurrente admite que redactó el clausulado del contrato, si bien alega que la cláusula de intereses, en la determinación del precio del préstamo, constituye el objeto principal del mismo y está referenciado al IRPH con un tipo de interés variable más un margen del 0,50%. Asegura que fue negociado con el prestatario, al igual que el resto de las cláusulas en las que figuran las condiciones financieras fundamentales del contrato (capital, plazo, tipos de interés, forma de amortización...).

En la referida sentencia ponemos de relieve lo siguiente sobre el particular:

*En relación con el tipo de interés, las partes negocian en función de las preferencias del cliente, se aplicará un tipo fijo, un tipo variable o ambos en periodos diferenciados. Si el cliente opta por un tipo variable pactan el índice oficial al que se referenciará el mismo, y también negocian el margen, positivo o negativo, teniendo en cuenta la solvencia del cliente y el nivel de vinculación con la entidad. Prueba de ello es que Kutxabank ha concedido préstamos a tipos fijos y otros a tipo variable, en ese caso los clientes han podido elegir el IRPH entidades, IRPH cajas, el Euribor, y cada uno de estos con diferentes márgenes.*

*El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas 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. La STS de 9 de mayo de 2.013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

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

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

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

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

*En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.*

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

*El Tribunal Supremo indica (apartado 165): "De lo hasta ahora expuesto cabe*

*concluir que:*

*a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.*

*b) 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.*

*c) 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 prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.*

*Sobre la negociación de la cláusula alegada en este mismo motivo, dice el art. 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1.993, que “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.*

*Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82 RDL 1/2007 establecen que “el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”. Lo que significa que corresponde a Kutxabank aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.*

*En relación a este extremo, la STS de 18 de junio de 2.012 indica: “El carácter negociado de las cláusulas, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones”. El Alto Tribunal analiza en este caso un préstamo concedido a un consumidor por una empresa dedicada a conceder préstamos con intereses muy altos, cuasi usurarios. La relación empresa-cliente en este caso no es la misma que cuando el prestamista es una entidad bancaria.*

*Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la*



*existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. Lo mismo señala la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015.*

En el supuesto de autos, como pone de relieve la sentencia de instancia, la demandada remitió al actor una comunicación, folio 56, para informarle que se había aprobado al concesión del crédito, en la cuantía y condiciones que se señalan en hoja adjunta. Comunicación y hoja que la entidad bancaria consideraba y así lo expresa en la misma, como "oferta vinculante". Del mismo modo la entidad remitió al Notario minuta, folios 172 y 173, donde constan las condiciones del préstamo. Consta asimismo un documento redactado a mano, folios 144 y 174, aportado por fotocopia respectivamente por las partes, no coincidentes en su contenido.

Como en el supuesto citado, en el presente consta que hubo información precontractual, y aunque el demandante afirme que sólo recibió la primera hoja de lo que la demandada considera oferta vinculante, el Sr. Rúa sabía que iba a suscribir un préstamo con un interés fijo en el primer año y un interés variable los siguientes, en base al IRPH más un 0,50%, datos que constan en este documento conocido por el actor.

Sin embargo Kutxabank no presenta prueba sobre una negociación individual con el actor. Fue la entidad quien redactó la cláusula referida, cláusula idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera queda constancia de que permitiese elegir entre varias ofertas, el actor únicamente pudo expresar su consentimiento a la firma del contrato de préstamo.

Por ello, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera también que la cláusula cuestionada en el presente litigio constituye una condición General de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporada a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada con el Sr. Rúa Ariza.

La Juzgadora de instancia, con una razonable valoración de la prueba documental y testifical, de la cual analiza las diferencias en las anotaciones manuscritas, deduce que efectivamente las cláusula de interés fue predispuesta, aunque lo fuera sobre la base de varias opciones, pus tal hecho no acredita que el interés finalmente aceptado fuera efectivamente negociado.

El motivo debe ser desestimado.

### **TERCERO.- Control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio y el objeto principal del contrato de préstamo.**

La sentencia de instancia declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo sino que es “una cláusula que pese a lo frecuente, sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado”. Concluye que es una cláusula accesorio porque el contrato de préstamo es por naturaleza un contrato gratuito ex art. 1.775 y ss CC, una parte entrega dinero u otro bien que deberá ser devuelto, el interés o precio pactado es un elemento accesorio que depende de las partes.

La recurrente impugna la doctrina expresada en la sentencia de instancia bajo el

argumento de que la sentencias del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián citadas por la Juzgadora, fueron revocadas por las correspondientes dictadas en grado de apelación por la Audiencia Provincial.

Mantiene el argumento de que el interés remuneratorio es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo, y que la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación de las entidades crédito con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades la causa del contrato. Siendo un elemento esencial del contrato, y por ello la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional de abusividad.

En la citada sentencia nº 85/16 de esta Sala, en un motivo idéntico al ahora analizado, pusimos de relieve la cuestión de si la cláusula que define el precio es un elemento esencial del contrato de préstamo con la referencia a la STS de 9 de mayo de 2.013, en cuyo párrafo 188, indica:

*“En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato” y a “la definición del objeto principal del contrato” sin distinguir entre “elementos esenciales” y “no esenciales” del tipo de contrato en abstracto –en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom- sino a si son “descriptivas” o definitorias” del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”.*

189. *En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.*

190. *En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial”.*

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

Establece el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE que “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. El art. 8 de la misma Directiva establece que “Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”. Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es “... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva”.

La STJUE de 3 de junio de 2.010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye:

*“42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula*

no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2 y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”.

Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo el 18 de junio de 2012, y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente:

*"Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE, así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".*

Partiendo de la jurisprudencia mencionada entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio



de 2.012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2.010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2.013 aclara el problema planteado en este motivo de recurso, transcribimos todos sus párrafos para que no haya dudas:

*“2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.*

*191. 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.*

*192. 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 [...]".*

*193. 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".*

*194. 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".*

*195. 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.*

*2.3. Conclusiones.*

*196. 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.*

*197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."*

El subrayado es nuestro, queremos distinguir estas conclusiones en cuanto que resuelven el problema planteado por el recurrente. La sentencia deja claro que las

cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.

En nuestro caso, en cuanto que la cláusula segunda a) 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, solo 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 significa.

**CUARTO.- Naturaleza del índice oficial del IRPH e imposibilidad de ejercitar acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo.**

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

El anexo VIII de la Circular 8/90 define el IRPH como “... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario”. La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

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

La parte apelada alega que las Cajas transmiten sus datos al Banco de España, siendo éste quien realiza el cálculo sin tener en cuenta la importancia de las entidades, o las que tienen mayor relevancia. Y que, a diferencia del Euribor, una vez recibidos los datos de las entidades, se desprecia el 15% de los datos superiores en orden descendente, y el 15% de los datos inferiores en orden ascendente, lo que puede distorsionar el cálculo.

La sentencia de instancia acoge la tesis de la parte actora al afirmar que en las disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, una cosa es que se regule, y otra que su introducción en el contrato de préstamo obedezca a una disposición imperativa. La sentencia critica que el Banco de España elabore el IRPH a partir de la “media simple de los tipos de interés medios ponderados”. También que su cálculo se realice con los datos de las operaciones de financiación hipotecaria formalizadas para la adquisición de vivienda libre que las entidades de crédito comunican cada mes al Banco de España (Norma segunda de

la Circular 8/1990, y Norma decimosexta dela Circular 5/2012). Y que los tipos de interés medios que se han de comunicar con los que el Banco de España elabora el índice IRPH sean los tipos anuales equivalentes de las operaciones de préstamo (anexo VIII de las circulares 8/90 y 5/12).

Pues bien, todas estas cuestiones exceden a la voluntad de Kutxabank, están regulados por disposiciones normativas, el banco no es quien ha fijado las pautas para decidir el IRPH en cada periodo. Los comentarios que realiza la sentencia sobre el “falso de diseño del índice”, ponderaciones, tipos marginales, con o sin comisiones, y otros, son simples opiniones. Lo cierto es que las Circulares 8/1990 y 5/2012 del Banco de España otorgan el carácter de índice oficial al IRPH, que fue diseñado por las autoridades financieras del país.

El recurrente defiende que no cabe declarar la nulidad de la cláusula ya que el índice referido se regula en estas Circulares del Banco de España de forma legal e imperativa. La Directiva 93/13 CEE de 5 de abril en su art. 1.2º excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. La Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación en su art. 4.2º dispone: "Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que 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 STS 13 de enero de 2.015 en relación al interés referenciado por La Caixa indica: *“Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constanding que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos”*.

Llegados a este punto al SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2.015, que resuelve un supuesto similar expresa: *“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 último, no deja de llamar la atención que se cuestione el IRPH Cajas y se interese la aplicación del Euribor. Este se constituye por "la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un años calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación". Como se advierte, el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Igualmente, cabría predicar el carácter influenciable y manipulable del citado índice. Por tanto, si el euribor se admite como válido por tratarse de un índice oficial, y se pretende aplicar como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH Cajas”*.

En el mismo sentido SAP Guipúzcoa de 23 de enero de 2.015, y 16 de marzo de 2.015, Guadalajara 16 de julio de 2.015).

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. La supuesta manipulación del índice por parte de las Cajas o las Entidades no se ha acreditado, ni siquiera se ha formulado prueba al respecto. Kutxabank lo incluye en sus préstamos hipotecarios por ser uno de los índices publicados por el Banco de España y por los organismos oficiales. 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.

**QUINTO.- El control de transparencia aplicado a la cláusula segunda a) del contrato de préstamo hipotecario objeto de la litis.**

Alega la recurrente que el demandante fue perfecto conocedor del índice oficial, al que se referenciaba el préstamo, con anterioridad a la firma de la póliza. Añade que el gestor hizo una explicación comparativa de dos ofertas, una al euribor y otra al IRPH entidades, reflejadas en el documento manuscrito, folio 114, habiendo optado por la segunda tras valorar los pros y contras. Considera que la cláusula está redactada con claridad e incorpora la definición del índice aplicado. Por ello entiende que la cláusula supera los controles de incorporación y transparencia, pues permitió al demandante conocer y evaluar las consecuencias económicas y jurídicas a su cargo.

El demandante sostiene sus pretensiones invocando el carácter manipulable del índice de referencia y la falta de información suficiente.

En relación al carácter manipulable del IRPH Entidades o Cajas, ninguna prueba realiza al efecto. La cláusula cuya nulidad se solicita define el IRPH como “el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE de 3-8-94. MARGEN, es el porcentaje de añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero coma cincuenta (0,50) puntos.”

Ya hemos dicho en el fundamento anterior que el IRPH es un índice oficial, al igual que otros que también considera oficiales el Banco de España. La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la información al cliente, otra cosa es que el cliente haya tenido conocimiento del contenido de la cláusula que contiene el interés variable, y haya podido comprenderla, de ahí la

importancia de su claridad, que no solo debe ser gramatical sino conceptual.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El art. 5.5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y añade en el apartado séptimo que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocerse de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En conclusión, en relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula segunda a) que define el interés como precio del contrato, lo que 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 IRPH.

La cláusula sobre el tipo de interés variable se conoció por el actor, Kutxabank le dio la suficiente información. El actor pudo examinar las condiciones antes de proceder a la firma de la escritura, ya lo hemos explicado en los fundamentos anteriores.

Procede ahora examinar si se cumplió el control de transparencia, es decir, si comprendió el significado de la cláusula y si la entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 indica que "... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas ...", y el artículo 5 dispone que "...en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible". Y el artículo. 4.2 de la Directiva 93/13 que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

La STS de 9 de mayo de 2.013 en los apartados 210 y ss en relación con el control de transparencia dice: "... el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago



*y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

*212. 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.*

*213. 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".*

El Tribunal concluye (apartado 215): a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por otra parte la STS de 8 de septiembre de 2.014 en relación a este tema (FJ 2º, apartado 9) dice: *"... no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del interés variable del préstamo ...".*

Volviendo a la STS 9 de mayo 2.013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes 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".*

*(...)*

*235. 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 concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).*

*236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se*

*apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".*

*237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Y Cita al respecto el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, el art. 4.1 LCGC y art. 82.3 TRLCU.*

En el supuesto de autos la cláusula se dio a conocer al cliente, sin embargo la oferta vinculante no reunía las condiciones mínimas para ser considerada como tal conforme a la OM. de 5 de mayo de 1994. Así lo razona la Juzgadora de instancia, cuando valora la documental y entiende que con independencia de que efectivamente fuera entregada la hoja adjunta a la comunicación, se trata de la minuta elaborada para la Notaría.

Asimismo en la sentencia de instancia se pone de relieve como no consta que se informara debidamente al demandante. En concreto pone de relieve que "nada se indica acerca de la información que se pudo facilitar al adherente acerca de cómo se elabora el IRPH, acerca de si comprende o no los gastos y comisiones de la media de los préstamos concedidos por entidades financieras, acerca de la importancia que tiene que además de ello se añada un diferencial positivo, además de sus propios gastos y comisiones, acerca de la evolución comparativa del euribor con el IRPH".

Razona asimismo que no se explica o al menos nada consta, como lo afirmado por el testigo sobre la "estabilidad" del IRPH, en relación con otros más volátiles, que se explicó al demandante es una información incompleta, que no ofrece ventaja alguna y puede inducir conclusiones o decisiones erróneas en perjuicio del consumidor.

Por todo ello es acertada la conclusión que considera insuficiente la prueba en orden a admitir que la referida cláusula supera el control de transparencia que necesariamente debe cumplir, y por ello la declaración de nulidad de dicha cláusula es procedente en los términos razonados en la sentencia de instancia, pues corresponde a la demandada acreditar que explicó al cliente la cláusula del interés variable a partir del primer año, 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, pero nada de esto ha acreditado. En la referida hoja manuscrita nada consta sobre dichos extremos, sólo se hace mención a la diferencia de costes con BBVA, pero nada se explica sobre las características, formación, evolución comparativa con otros índices etc. en relación con el ofertado y finalmente contratado.

Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2013, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En el caso de autos la cláusula ni siquiera aparece destacada en la escritura pública, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado y si bien no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato, sin embargo, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni

las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia.

El motivo no puede prosperar.

#### **SEXTO.- Validez del índice de referencia oficial IRPH entidades.**

Sin perjuicio de lo razonado sobre el control de transparencia y la insuficiente información transmitida al consumidor, sobre la validez del IRPH reiteramos lo expresado en nuestra sentencia nº 85/16, en la que citamos la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2015 y asumimos su razonamiento cuando expresa que: *“No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciable y manipulable del IRPH Entidades, puesto que, a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después de la OM 2899/11 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 las 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”*.

En definitiva la objetiva validez de la cláusula no impide, como hemos afirmado, estimar la falta de transparencia de la contratación en los términos expresados, determinante de la nulidad de la analizada cláusula del contrato de autos.

#### **SÉPTIMO.- Costas.**

La desestimación del recurso es causa suficiente para imponer a la recurrente las costas de la alzada, como resulta de lo regulado en el art. 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

**Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por KUTXABANK, S.A. contra la **sentencia nº 239/15** dictada en el **procedimiento ordinario** seguido bajo **nº 467/14** ante el **Juzgado de lo Mercantil Núm. Uno de Vitoria-Gasteiz**, y en consecuencia **confirmamos** íntegramente dicha sentencia, e imponemos a la recurrente las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en Banco Santander con el número 0008-0000-04-0225-16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 06 para recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA15<sup>a</sup> de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Con certificación de esta sentencia, remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.