

**UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL  
Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ**  
**MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO  
MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO  
EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008  
TEL.: 945-004877  
FAX: 945-004827

NIG PVI/IZO EAE: 01.02.2-14/012822  
NIG CGPJ / IZO BJKN : 01.059.47.1-2014/0012822

Procedimiento / Prozedura: Proc. ordinario / Prozedura arrunta  
Materia: DERECHO MERCANTIL

Demandante / Demandatzailea: [REDACTED]  
Abogado/a / Abokatu: MAITE ORTIZ PEREZ  
Procurador/a / Prokuradorea: SORAYA MARTINEZ DE  
LIZARDUY PORTILLO

Demandado/a / Demandatza: KUTXABANK S.A.  
Abogado/a / Abokatu: [REDACTED]  
Procurador/a / Prokuradorea: MARIA CONCEPCION  
MENDOZA ABAJO

COLEGIO DE PROCURADORES  
Recepcionado día anterior  
- NOTIFICACIÓN -

25 JUN. 2015

**SENTENCIA Nº [REDACTED] /2015**

En Vitoria-Gasteiz, a 15 de junio de 2015.

Vistos por mí, M<sup>a</sup> Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario 584/14, entre partes, de una como demandante, [REDACTED], representado por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy y asistido del Letrado José María Erasquin y de otra como demandada CAJA DE AHORROS DE VITORIA Y ALAVA, en la actualidad KUTXABANK, S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado Igor Ortega Ochoa, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora Sra. Martínez interpone en nombre y representación de [REDACTED] demanda de Juicio Ordinario contra la entidad Kutxabank S.A, antes Caja de Ahorros de Vitoria y Álava, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia en la que "se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto las siguientes cláusulas del contrato con garantía hipotecaria que nos ocupa:

1. La cláusula tercera bis del contrato que se refiere al tipo de interés en su integridad, cláusula Tercera Bis del contrato que constituye el documento de prueba nº 1 al que se acompaña

SORAYA MTZ. DE LIZARDUY  
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES

C/ Chile nº 2 - 3ª A. - C.P. 01008

Vitoria-Gasteiz

TEL.: 945 781 645 - FAX: 945 221 533

@: Procuzariduy@hotmail.es

también el nº 2 por constituir una ampliación de plazo con referencia al anterior nº 1. Cláusula que establece:

“CONJUNTO DE ENTIDADES: Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al 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 22.07.94 que se publica en el BOE de 03.08.94.

MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero coma cincuenta (0,50) puntos”.

Declarado nulo el citado tipo de interés IRPH ENTIDADES, resulten de aplicación los artículos 1.753 y 1.755 del Código Civil, en relación con el artículo 83 redactado conforme a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En cuanto al índice sustitutivo establecido en las escrituras de préstamo, es decir, el IRPH Cajas, todos los argumentos que se plasman en la presente demanda con el objeto de probar la abusividad del IRPH Entidades los trasladamos en su integridad para probar la abusividad del IRPH Cajas, al ceñirse éste índice exclusivamente para el cálculo a la operaciones de las Cajas de Ahorros, ámbito más constreñido que las del conjunto de entidades.

Por tanto, entendiendo que es de interés de esta parte la subsistencia del contrato de préstamo suscrito, se declare la no existencia de intereses retributivos, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (que en ejecución de sentencia serán determinadas) por razón de intereses ordinarios, en aplicación de una cláusula que se declare nula, declarado abusivo, por lo tanto nulo, y sin que haya podido desplegar eficacia jurídica alguna en el señalado contrato de préstamo.

Salvo error involuntario, esta parte considera que el momento en que opera la cláusula cuya nulidad se solicita, esto es, el tipo variable de interés, lo es desde el mes de octubre de 2.007, periodo en el que finaliza el tipo de interés fijo y pasaría a operar la cláusula tercera bis, referida a la variabilidad del interés.

2. La cláusula sexta que se refiere al interés de demora. Se declare también nula dicha cláusula sexta en su integridad y por tanto no despliegue ningún efecto, de acuerdo con los hechos, fundamentos jurídicos y jurisprudencia expuestos, y en relación con la nueva redacción del art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

Alega la demandante que las cláusulas impugnadas constituyen condiciones generales de la contratación; que el IRPH es un índice plagado de oscuridad en su elaboración y determinación, falta de todo control sobre la veracidad de los datos que transmiten las entidades de crédito al Banco de España y manipulable o influenciado por las propias entidades; que la cláusula que establece el tipo de interés remuneratorio es nula por falta de transparencia pro tanto los prestatarios no son informados de su modo de determinación, de su evolución más

reciente, de su previsible evolución y de la influencia que va a tener en su economía; la posibilidad de que la parte predisponente pueda influir sobre la contraprestación comprometida constituye una vulneración de normas imperativas del ordenamiento jurídico e igualmente abusiva tanto por vincularse a la voluntad de una de las partes, como implicar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato. Igualmente es nula por abusiva la cláusula que establece el interés de demora por cuanto constituye la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor.

**SEGUNDO.**- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la contraria alegando, en síntesis:

El IRPH Entidades es un índice oficial, se trata de una cláusula negociada; no es posible realizar un control de abusividad sobre el contenido del tipo de interés como elemento integrante del objeto principal del contrato; no es posible el ejercicio de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo; en definitiva, la cláusula que determina el interés remuneratorio es válida; también lo es la cláusula que establece el interés de demora, en primer lugar porque la vivienda hipotecada no era vivienda habitual del demandante sino que se encontraba alquilada de forma que por ello no resultaría de aplicación la Ley 1/2013 de 14 de mayo, y en segundo lugar, aunque lo fuera, por ministerio de la Ley todas las cláusulas de tipo de intereses de demora pactadas en préstamo hipotecarios sobre vivienda habitual se han modificado a partir del 15.05.2013 de forma que no es necesario impetrar la actuación de la justicia.

**TERCERO.**- En la Audiencia Previa, se delimitan los hechos litigiosos y ambas partes proponen prueba documental. Admitida la prueba y previas alegaciones de las partes, queda el pleito visto para sentencia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El demandante ejercita acción individual de nulidad de varias de las condiciones generales de la contratación incluidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 21.09.2006, novado en cuanto al plazo máximo de amortización en fecha 02.03.2009, al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RD/L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente pretende la nulidad de la cláusula Tercera Bis que establece el tipo de interés variable a aplicar una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato, por estimar

nulo, por falta de transparencia y por su carácter abusivo, del tipo de referencia principal y sustitutivo impuesto por la demandada, IRPH Entidades e IRPH Cajas respectivamente. Igualmente pretende la nulidad de la cláusula Sexta de la escritura en cuanto que establece un tipo de interés de demora abusivo.

**SEGUNDO.-** Son hechos probados, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

[REDACTED] suscribió con Caja de Ahorros de Vitoria y Álava – Araba eta Gasteizko Aurrezki Kutxa (hoy Kutxabank S.A.), ante el Notario Santiago Méndez Ureña, escritura pública de préstamo hipotecario, autorizada bajo el número 584 del protocolo notarial. Se constituye en virtud de la misma hipoteca sobre la vivienda propiedad de [REDACTED], con aval de sus padres. La vivienda, adquirida en 2004 se encontraba gravada con hipoteca a favor de BBVA, carga que se cancela con el préstamo suscrito con Kutxabank (doc. 1).

El capital del préstamo ascendió a 250.000 euros, con un plazo máximo de amortización de 35 años, un interés remuneratorio fijo durante el primer año del 4,250 % y un tipo de interés variable, al alza y a la baja, durante el resto de la vida del préstamo referenciado al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas.

La cláusula Tercera bis del contrato dice:

“TERCERA BIS.- MARGEN.

CONJUNTO DE ENTIDADES: Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN 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 definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94 que se publica en el BOE de 03.08.94.

MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero como cincuenta (0,50) puntos”.

No obstante este concreto margen resulta de aplicación siempre que el prestatario mantenga contratados determinados productos y servicios con la entidad prestamista (domiciliación de nómina, pensión, prestación de desempleo o ingresos de actividad; seguro multirriesgo Hogar, seguro de vida o amortización, tarjetas de débito y crédito), de forma que si el prestatario no mantuviera tales productos y servicios el diferencial a aplicar por la Caja quedaría automática incrementado en los porcentajes que se señalan en la referida cláusula.

Sigue diciendo la cláusula Tercera Bis en su apartado 3 bis.2.c):

“Interés Sustitutivo.- El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 594 del Banco de España de 22.07.94 que se publica en el BOE del 03.08.94, más un margen de cero coma cincuenta (0,50) puntos.”

Finalmente, la cláusula Sexta del contrato dice:

#### “INTERÉS DE DEMORA.

Sin perjuicio del derecho de resolución del contrato por parte de la Caja, si el prestatario incurriera en retraso, cualquiera que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago con arreglo a lo establecido en el presente contrato, sea en concepto de pago del principal, intereses, comisione so gastos, así como en el caso de que vencido el préstamo por cualquiera de las causas previstas contractualmente, el prestatario no reintegrase el total del importe reclamado, estar obligado a satisfacer un interés de demora de diecisiete puntos con cincuenta centésimas de punto por ciento (17,50 %) nominal anual, sin necesidad de previa interpelación, siendo el TAE resultante total del dieciocho coma novecientos setenta y cuatro milésimas por ciento (18,974 %).

Dicho interés se devengará por días comerciales efectivamente transcurridos, y se calculará sobre las cantidades cuyo pago se haya retrasado. Se liquidará de igual forma a la detallada para el cálculo de los intereses ordinarios.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio, la Entidad Prestamista capitalizará los intereses devengados y no satisfechos que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos”.

Indica el Notario en la escritura pública en relación a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 que “a mi juicio, no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo, entregada a la parte prestataria y las cláusulas financieras de esta escritura, las cuales he cotejado previamente a este acto”. Igualmente señala que : “Se advierte expresamente a las partes contratantes que es de aplicación a esta contrato la Ley 7/1998 de 13 de Abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y demás normativa de desarrollo, así como de la obligatoriedad de la inscripción en los casos legalmente establecidos”.

La Caja emitió el 15.09.2006 comunicación dirigida al demandante en la que le informaba de la concesión del préstamo en las condiciones que se recogen en la Oferta Vinculante que se acompaña a la misiva (doc. 3 contestación). Las únicas referencias que contiene la referida Oferta Vinculante a las cláusulas que hoy son objeto de impugnación son las siguientes:

“INTERÉS DE MORATORIA: 17,500000”.

“TIPO VARIABLE.

PERIODO INICIAL FIJO: 1 AÑO CONTADO A PARTIR DE LA FECHA DE FIRMA.

INTERÉS DE REFERENCIA: IRPH TOTAL ENTIDADES (TAE).

DIFERENCIAL: EL TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA SE INCREMENTARÁ EN 0,500 PUNTOS PORC.

FECHAS DE REVISIÓN: LA PRIMERA, EN LA FECHA DE FINALIZACIÓN DEL PERIODO INICIAL FIJO. LAS SIGUIENTES, CADA 6 MESES.

FECHA DE REFERENCIA DEL TIPO DE INTERÉS: LA DE 2 MESES ANTES DE CADA FECHA DE REVISIÓN”.

El 02.03.2009 las mismas partes, acordaron en escritura pública autorizada por el Notario Alfredo Pérez Ávila, protocolo nº 622, la novación modificativa del préstamo anterior,

exclusivamente en cuanto al plazo máximo de amortización, que desde entonces tiene como nueva fecha de vencimiento el 14.10.2048 (doc. 2 de la demanda).

En 2004 y en 2009 ■■■ vivía con sus padres teniendo alquilada la vivienda hipotecada (doc. 1 y 4 de la contestación).

### TERCERO.- Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Deben despejarse con carácter previo una serie de cuestiones, pues la demandada niega la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la posibilidad de control de abusividad de las cláusulas impugnadas por varios motivos.

1. En primer lugar mantiene la demandada que no es aplicable la LCGC por cuanto, pese a ser cláusulas redactadas y predispuestas por el empresario prestamista, han sido objeto de negociación y no son cláusulas impuestas.

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

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

"-párrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

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

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

"-Párrafo 165; 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, 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".

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

En la escritura pública de préstamo hipotecario se advierte de la aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y se reconoce por la demandada que la escritura fue redactada siguiendo la minuta presentada por la prestamista, y también, al insistir en el carácter oficial y en las bondades del índice IRPH, que su utilización en el préstamo del demandante no es puntual, sino que lo utiliza, o lo ha utilizado en una pluralidad de casos. A partir de aquí, habría de ser el empresario predisponente el que acreditara que las cláusulas concretas impugnadas han sido fruto de efectiva negociación; y las cláusulas impugnadas, con independencia de que se haya podido negociar el capital, plazo de amortización, comisión u otras condiciones. Ninguna prueba se aporta al respecto, limitándose a afirmar la demandada en su contestación que el plazo, el capital, el tipo de interés, las comisiones..., fueron negociadas con el prestatario. No se aporta la oferta inicial de la Caja junto con la petición efectuada por el prestamista, no se aportan otras alternativas ofrecidas al prestamista (préstamo con otro tipo de referencia distinto al IRPH), luego no puede mantenerse que ni el tipo de demora concreto señalado en la escritura pública, ni el tipo de referencia aplicado, sean fruto de efectiva negociación.

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

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

Se basa la demandada en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12).

Sin embargo, frente a ello hay que señalar que en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule, del modo que más adelante veremos, el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo del demandante obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define pro el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna.

3. En tercer lugar, mantiene la demandada que no es posible el control de abusividad del tipo de interés como elemento integrante del objeto principal del contrato. No se comparte el argumento.

La SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 20.10.2014 citando la anterior de 29.04.2014 señala sobre este particular, que: "*Efectivamente el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice <<Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial, que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva>>.*

*Y el considerando decimonoveno dice: <<Considerando que, a los efectos de la ... Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...>>.*

*En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice <<La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible>>.*

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que <<...es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de

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

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

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

A lo allí indicado cabe añadir ahora que tras las conclusiones del Abogado General, la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, caso Árpád Kásler, entiende que la exclusión que pretende la parte demandada debe ser objeto de una "interpretación estricta" (§ 42), por lo que "las

*cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan» (§ 49). En particular el § 50 afirma que «las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13», correspondiendo según § 51 al juez nacional apreciar si la cláusula constituye un componente esencial.*

*De ahí que el TJUE admita que las cláusulas del art. 4.2 de la Directiva pueden ser analizadas por los tribunales del Reino de España debido a la exclusión que nuestro legislador ha dispuesto al efecto, lo que además mantiene nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas «cláusulas de redondeo», y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: «La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto», con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, manifiesto, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible». En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que 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 del CCom)-, sino a si son «descriptivas» o «definidoras» del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al «método de cálculo» o «modalidades de modificación del precio»».*

*Para concluir habrá que afirmar que los tribunales no están, efectivamente, para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca. Pero otra cosa diferente es constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se*

*trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.*

*Como se indicó en la citada SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, "...cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la <<definición del objeto principal del contrato>> debe entenderse se refiere a aquéllos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece <<no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado>>. Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, discrepándose de la cita doctrinal que realiza la parte demandada, que entiende que interés es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.*

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

*La propia STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, que esgrime Kutxabank S.A. lo entiende así en su § 188 cuando explica: <<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 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio">>. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado".*

*Se asume la argumentación y se rechaza la oposición de la demandada.*

#### **CUARTO.- IRPH.**

*Se asume que el índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales. Estaba entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el*

caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

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

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

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades (o bien las cajas en el caso de IRPH cajas) al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH. Ello implica que, si en los préstamos referenciados a Euribor, el conjunto de entidades financieras, ante las bajadas del Euribor conceden préstamos con un diferencial elevado, influyen en la configuración del IRPH y amortiguan así la bajada de otros tipos de interés. Así, en el cuadro de evolución que aporta la demandada como doc. 6 de la contestación, vemos el comportamiento del IRPH. En julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Cajas se encontraba al 6,044 % y el IRPH Banco al 5,960 %. Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Cajas lo hizo solo al 5,203% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el IRPH Cajas se encontraba al 3,058%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Cajas en un 3,624% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Cajas se situaba en un 3,498 %. Es decir, el IRPH, siempre superior al tipo de referencia más extendido, ha servido para amortiguar las bajadas del Euribor en los préstamos referenciados al IRPH. El motivo es evidente. Es un hecho notorio que entre más bajo se encuentra el Euribor más elevados son los diferenciales que los bancos están dispuestos a ofrecer con lo que los tipos que comunican al Banco de España y que sirven para la elaboración del IRPH amortiguan la caída del Euribor.

Nos dice la demandada que la diferencia de lo que ocurre con el Euribor, que refleja el tipo de interés promedio al que la entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado

interbancario, para la elaboración del IRPH no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales de las entidades, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, de forma que su determinación depende de la ley de la oferta y la demanda en el mercado hipotecario. No se comparte el argumento porque parte de una idea ingenua; la igualdad de posición y capacidad de negociación entre el prestamista y el prestatario. Habrá momentos en los que se celebren menos contratos de préstamo hipotecario en función de las circunstancias del mercado, pero los que se suscriben están sujetos a las condiciones en las que las entidades prestan el dinero; el consumidor lo toma o lo deja. No olvidemos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que <<el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas>> (STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168/05).

Pero es más, como bien hace notar el demandante, el IRPH se elabora a partir de la media simple de los tipos de interés medios ponderados, lo que significa que los datos aportados por la entidad más pequeña tienen el mismo peso y relevancia en su elaboración que los datos aportados por la entidad de mayor cuota de mercado. De esta manera, si una entidad pequeña incrementa sus diferenciales, ello tendrá la misma repercusión que si lo hiciera la más grande de las entidades. No se utiliza ningún tipo de corrección para evitar la distorsión que suponen aquellos valores que se desvían exageradamente de la tónica general. Y si bien es cierto que al ofrecer una determinada entidad tipos de interés más elevados puede llegar a perder cuota de mercado, le puede resultar más rentable perder cuota de mercado y conceder menos préstamos si a cambio obtiene mayores beneficios a través de los préstamos que ya tiene en cartera referenciados al IRPH. En todo caso, hay que tener en cuenta que no se juzga la realidad de la manipulación sino la posibilidad de influenciar y determinar el tipo de interés que se va a aplicar, lo que resulta incuestionable a la luz de los argumentos anteriores.

Por otro lado es de suma importancia que los tipos de interés medios ponderados que se han de comunicar (Anexo VIII de la Circular 8/90 y vigente Circular 5/12) son los "tipos anuales equivalentes" de las operaciones de préstamo. Es decir, en el cálculo de los tipos de interés que se van a utilizar para la determinación del IRPH se incluyen las comisiones y demás gastos que los clientes se han visto obligados a pagar a la entidad, lo que significa que el IRPH no se elabora únicamente a partir de tipos de interés de las operaciones de préstamo hipotecario realizados un determinado mes sino a partir de tipos de interés incrementados con la media de las comisión y demás gastos vinculado al citado préstamo. El prestatario, además de soportar esa media de las comisiones y gastos abonados por otros prestatarios en sus préstamos, tendrá que abonar las propias comisiones y gastos de su propio préstamo. Así lo reconoce expresamente la propia Circular 5/94 que señala que "Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto su simple utilización directa como tipos contractuales implicará situar la tasa anual equivalente de la

operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado". Y por ello, añade: "Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas".

#### QUINTO.- Control de transparencia.

Una vez analizada la configuración y funcionamiento del índice de referencia, sentado que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación impuestas y que el demandante es consumidor en el marco de la relación contractual objeto de este pleito, procede analizar la validez de la cláusula al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta, así como a la luz de la normativa interna (Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08/09/2014:

*"6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).*

*7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta;*

SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Pues bien, la demandante que es quien se habría de encontrarse en disposición de aportar la prueba del hecho positivo, no acredita que proporcionara al consumidor información que le permitiera alcanzar una comprensibilidad real de la cláusula que establece el tipo de referencia que se le va a aplicar en su préstamo. Ya hemos dicho que la transparencia en la contratación seriada con consumidores no se reduce al una mera comprensión gramatical, no basta con que el empresario predisponente informe al consumidor de que en su préstamo se va a aplicar un tipo de referencia oficial denominado IRPH, e incluso si se quiere —a efectos de mera hipótesis— que se le diga que este índice constituye una media de los tipos de interés aplicados en las operaciones de préstamo (simplificando mucho el concepto). Hemos visto el mecanismo de configuración del IRPH, los tipos a partir de los cuales se elabora (TAE), lo que incluye la media de las comisiones y gastos abonados por los prestatarios de otros préstamos; tipo al que se van a añadir las propias comisiones y gastos del préstamo que el demandante suscribe. En definitiva, y utilizando los términos empleados por el TJUE en la S. de 30.04.2014, debería explicarse al consumidor el funcionamiento concreto del IRPH y su relación con el resto de cláusulas del préstamo que determinan obligaciones a su cargo. No hay información alguna al respecto, ni en la escritura pública (que se limita a señalar el tipo de referencia como "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",) ni en la Oferta Vinculante que se aporta, cuya única referencia al tipo de referencia es su denominación.

Ya hemos visto que el IRPH se ha encontrado por encima de otros tipos como el Euribor. En septiembre de 2006, cuando se suscribe el préstamo, el IRPH Cajas por ejemplo (aunque es el índice sustitutivo) se encontraba en 4,515 % mientras que el Euribor se encontraba en un 3,715 %. No podrá alegarse la ventaja del IRPH respecto del Euribor cuando al tipo de referencia aplicado al préstamo del actor se le añade un diferencial del 0,50 y cuando en la evolución del IRPH siempre se ha encontrado por encima del Euribor. El Juzgador no tiene por qué imaginarse qué ventaja se le pudo exponer al consumidor, sino que habría de ser el empresario predisponente el que acreditara que se dio al consumidor información completa y comprensible para alcanzar un conocimiento real del tipo de referencia que se le ofrece y que el consumidor, completamente informado optó por este tipo de referencia desechando otros posibles. Tampoco se acreditan las alternativas que se le pudieran poner sobre la mesa.

Por todo ello, debe concluirse que el proceso de incorporación de la cláusula Tercera bis en el contrato de préstamo no supera el control de transparencia al que han de someterse todas las condiciones generales de la contratación impuestas a un consumidor en el marco de la contratación seriada.

**SEXTO.-** Carácter abusivo de la cláusula que establece el tipo de referencia principal y sustitutivo.

Dice el art. 8 LCGC: 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En primer lugar, ya hemos visto que en mayor o menor medida la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CC que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Con ello, la cláusula Tercera bis que determina el tipo de referencia del préstamo resulta nula al amparo del nº1 del art. 8 de la LCGC, al contravenir lo dispuesto en el art. 1256 CC. Y ello sin contar con que además, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Y que además, la Circular 5/94 del banco de España dispone que "sería necesario aplicar un diferencial negativo para corregir el efecto de la configuración del IRPH sobre la base de los tipos anuales equivalentes, lo que no sucede en este caso en el que se aplica un diferencial positivo del 0,50.

Pero además, en segundo lugar, el demandante es consumidor amparado por las previsiones del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), al que se remite el art. 8.2 de la LCGC.

El art. 82.1 del TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y el apartado 4 del mismo artículo: ... en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario.

El art. 85 desarrolla este concepto y señala que son abusivas: Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario. Y cuando a continuación señala las que en todo caso lo son, incluye (3) las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato; y (10) las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. Y si bien, se exceptúa la regla general a los casos en los que el precio se determine por un índice legal y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio, hay que tener en cuenta que el fundamento de la nulidad que se pretende no es la modificación unilateral del precio por el empresario, sino la posibilidad de influir en la configuración del propio índice oficial o legal, lo que queda totalmente al margen de las excepciones previstas en la norma.

En consecuencia, la cláusula tercera bis del contrato en cuanto referencia el préstamo al IRPH entidades y, como índice sustitutivo el IRPH cajas, resulta nula al amparo de lo dispuesto en el art. 8.1 LCGC en relación con el art. 1256 CC y el art. 8.2 LCGC en relación con los arts. 82.1 y 4.a) y art. 85 TRLDCU.

**SÉPTIMO.-** Al margen de que todo lo señalado hasta ahora es aplicable tanto al IRPH entidades, como al IRPH cajas, no se quiere dejar de referir la desaparición del IRPH cajas. Al respecto se va a citar la SJM nº1 de Donostia-San Sebastián de 29\_ abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, en la que se indica: “ *En la actualidad el IRPH Cajas ha desaparecido como índice oficial. (...)* ”

*Efectivamente la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) supone, parafraseando el texto de la memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012, ... el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, en primer lugar, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y europeo, y por otro, con el fin de incrementar las alternativas de elección de tipo, ajustándolas al coste real. El nuevo art. 27 de tal orden enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas.*

La DT Única.1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España ha continuado publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Incluso ha publicado una nota informativa el 30 de abril de 2013 (doc. nº 3 de la contestación, reverso folio 81), en el que explica que <<...dichos índices, mientras sigan publicándose, continúan siendo índices válidos para los créditos o préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que a la entrada en vigor de la Orden los tuvieran como índice de referencia>>, dando a entender que mientras que no se establezca régimen de transición los tipos siguen siendo aplicables.

Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), ha dispuesto que <<Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato>>.

De ahí que sea comprensible que se pretenda la aplicación de lo pactado, reduciendo el tipo de interés, porque la bajada es considerable, pues en agosto de 2013 fue de tres puntos y medio, según lo declarado en el quinto hecho probado, lo que supondría para ese mes una disminución de 2,5 puntos. El Capítulo II del Título III de la OM 2899/2011 el 29 octubre 2011 entra en vigor a los nueve meses de su publicación según su DF 5ª.2, porque no lo hace a los seis meses, como defiende el demandante, ya que a esta materia no se aplica la DF 5ª.1 que opera "sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente", es decir, al citado Capítulo II del Título III que disciplina esta materia. Entra en vigor, por lo tanto, el 29 de julio de 2012.

En un año desde entonces, el IRPH deja de ser tipo de interés oficial según su art. 27. Añade la DT Única.1 de la orden que <<La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados>>, que el Banco de España entiende en el sentido de que se mantiene si no se adopta tal régimen. Cumplido ese plazo no se dictó el <<régimen de transición>>, que demora hasta septiembre de 2013 (con la DA 15ª Ley 14/2013).

En tal tesitura, y con respeto a las facultades administrativas, no se comparte la interpretación jurídica del Banco de España. (...)

*La desaparición ha operado, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar, máxime cuando se incumple una norma, la citada OM 2899/2911 que autoproclama en su introducción que <<La presente orden viene, por tanto, en uso y cumplimiento de la anterior habilitación a cumplir un triple objetivo. De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito...>>. Si se pretende proteger al cliente bancario, la hermenéutica de la orden debe ser que desaparece tras el periodo transitorio de un año desde su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación. Desde entonces, el IRPH Cajas deja de surtir efecto”.*

#### **OCTAVO.-** Carácter abusivo del interés de demora.

Entre las cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, el art. 85 TRLDCU cita (6) las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Como recuerda la reciente STS nº 265/15 de 22.04.2015, rec. 2351/12: “... para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, 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. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69)”.

Como viene señalando este Juzgado, para ponderar si la indemnización en que consiste el interés de demora, en este caso del 17,50%, es desproporcionada, puede compararse la regulación vigente al tiempo de suscribirse el contrato en diversos ámbitos. Así, en general la mora se sanciona en el art. 1108 del Código Civil con el interés legal. El interés legal del dinero en 2010 era del 5 % superando el 17,50 % el triple de aquel.

En materia de crédito al consumo, el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), vigente al suscribirse el préstamo, señalaba "En ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero", límite que supera el 17,50 % impuesto en el contrato del demandante.

En este punto hay que tener en cuenta el art. 89.7 TRLGDCU que, aunque referido a los descubiertos en cuenta corriente, señala que son condiciones abusivas que afectan a la perfección y ejecución del contrato "la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo».

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Incluso para empresas, es decir, un ámbito de menor protección que la de consumidores, el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone en su art. 7.2 y 3 que "El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales. Por tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus operaciones principales de financiación se entenderá el tipo de interés aplicado a tales operaciones en caso de subastas a tipo fijo. En el caso de que se efectuara una operación principal de financiación con arreglo a un procedimiento de subasta a tipo variable, este tipo de interés se referirá al tipo de interés marginal resultante de esa subasta. El tipo legal de interés de demora, determinado conforme a lo dispuesto en este apartado, se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación. Y, el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el apartado anterior."

Para el segundo semestre del 2006 el tipo de interés de demora para operaciones comerciales se estableció en 9,83 % conforme a la Resolución de 28.06.2006 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (BOE nº 156 de 01.07.2006).

Por otro lado, y aceptando el distinto fundamento y finalidad de los intereses remuneratorios y los moratorios, no puede dejar de observarse que frente a un interés

remuneratorio fijo inicial del 4,250 % un interés moratorio del 17,50 % resulta extremadamente alto.

El que el interés moratorio tenga la finalidad de sancionar el incumplimiento y disuadir al prestatario, no justifica que el incumplimiento pueda sancionarse con cualquier tipo. También lo ha dicho así el TS en la reciente Sentencia citada: *“Que el consumidor prestatario haya incumplido su obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo en las fechas fijadas en el contrato no justifica que puedan anudarse cualesquiera consecuencias a tal incumplimiento contractual, sin respetar la proporcionalidad con el perjuicio que al profesional causa tal incumplimiento (...) Por tanto, es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (...), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización «desproporcionadamente alta»”.*

Como dice el TS en la sentencia aludida, aunque en referencia a los intereses de demora en los préstamos personales “las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado”, para terminar estimando, en este tipo de préstamos que el interés de demora que supere el incremento de dos puntos respecto del legal del dinero (criterio adoptado en el art. 576 LEC para sancionar la mora procesal) resulta abusivo.

Salvando las diferencias del supuesto resuelto por el TS y el presente en el que tratamos de un préstamo con garantía hipotecaria, no puede estimarse que un interés de demora que supera el triple del legal del dinero y del remuneratorio resulte proporcional. A la vista de lo anterior, el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio.

Señala la demandada que en la medida en que la vivienda sobre la que se constituyó la garantía real no era la vivienda habitual del actor, puesto que la tenía alquilada, no resulta de aplicación el límite introducido por la Ley 1/2013 –tres veces el interés legal del dinero-, aunque al mismo tiempo señala que de facto la entidad viene aplicando desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 un interés de demora del 12 %. Al margen del destino de la vivienda hipotecada, no opera la previsión del art. 114 LH reformado por la Ley 1/2013, porque la cláusula se estima abusiva y por tanto nula. En estos términos se pronuncia el Auto de la AP de Álava nº 89/2014, de 11 de septiembre de 2014, ec. 232/2014: *“Atendida tal circunstancia, no opera la previsión del art. 114 LH reformado por la Ley 1/2013, que establece como límite máximo del interés de demora el triple del interés legal, previsión limitadora que opera por mor de las transitorias incluso para préstamos suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. Si la cláusula se considera abusiva, no surte efecto, y por lo tanto, no puede aplicarse la limitación señalada. Si no lo fuera, habría de reducirse al límite indicado. Pero para que se pueda acudir al art. 114 LH hace falta que la cláusula opere, y no lo hace si es declarada abusiva como de manera constante refleja la jurisprudencia que recogen las STJCE 26 octubre 2006, caso Mostaza ; STJUE 27 junio 2000, caso Océano ; STJUE 4 junio 2009, caso Pannon , STJUE 6 octubre 2009, caso Asturcom ; STJUE 14 junio 2012, caso Banesto § 45; STJUE 21 enero 2013, caso Banif ; y la*

*propia STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz , STJUE 30 mayo 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse y otras posteriores”.*

Por otro lado el hecho de que la demandad venga aplicando –dice- un interés de demora del 12 % con independencia del interés previsto en los préstamos suscritos no es argumento válido para dejar de valorar la desproporción del interés y la nulidad de la cláusula.

Por lo expuesto, se estima abusivo el interés de demora del 17,50 % establecido en el préstamo suscrito por las partes.

**NOVENO.-** Consecuencias de la nulidad de las cláusulas Tercera bis y Sexta.

Partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. El art. 10.1 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo, señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un

contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que:

*"65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible".*

Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

En igual sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán

necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos en relación al interés de demora que el art. 10.2 de la LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar:

*“El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.”*

*En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado”.*

Veremos no obstante que la solución arbitrada por el TS en esta última sentencia no puede ser aplicada al caso.

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de las cláusulas Tercera bis y Sexta, produce en primer lugar la expulsión de las mismas del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC: No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com: Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, ni el interés remuneratorio ni el de demora son elementos esenciales del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin las cláusulas nulas.

Conforme a la interpretación sentada por el TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al IRPH Entidades e IRPH Cajas y el tipo de interés de demora.

El TS en la aludida STC de 22.04.2015 declara que *“La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora”*. En definitiva entiende que siendo nula la cláusula que establece el interés de demora, este no se aplica pero sí el interés remuneratorio que no se ve afectado por la nulidad.

Ocurre que en nuestro caso también se ha declarado nulo el interés remuneratorio pactado para toda la vida contractual a partir del primer año, el IRPH Entidades e IRPH Cajas, con lo que el préstamo subsiste sin interés de tipo alguno, ni remuneratorio ni de demora, ni es posible aplicar la solución aplicada por el TS en la última sentencia aludida. No puede estimarse que el interés remuneratorio que haya de regir sea el tipo fijo del 4,250 % por cuanto este se aplicaba, conforme a la cláusula Tercera en el primer periodo (un año) ya agotado.

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de las cláusulas declaradas nulas con sus frutos y el precio con los intereses. Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados al prestatario a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable, es decir, transcurrido el primer año de vigencia del contrato. Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades (art. 1108 CC) desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC a partir de la presente sentencia.

**DÉCIMO.-** Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

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

### FALLO

**ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por [REDACTED], representado por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

**DECLARO:**

1. La nulidad de la totalidad de la Cláusula Tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 21.09.2006 ante el Notario Santiago Méndez Ureña, novado en cuanto al plazo máximo de amortización por escritura pública de 02.03.2009, que referencia el préstamo al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año de vigencia del préstamo.

2. La nulidad de la Cláusula Sexta del mismo contrato referida al interés de demora.

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 las indicadas cláusulas, 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 o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. Asimismo y si se hubieran cobrado, deberá restituir las cantidades cobradas en concepto de interés de demora durante toda la vida contractual.

-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

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0844 1111 04 058414, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

**PUBLICACIÓN.**- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 15 de junio de 2015.

www.abogadosres.com