



Roj: SAP VI 433/2016 - ECLI:ES:APVI:2016:433
Id Cendoj: 01059370012016100241
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Vitoria-Gasteiz
Sección: 1
Nº de Recurso: 343/2016
Nº de Resolución: 242/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI
Tipo de Resolución: Sentencia

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

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 01.02.2-15/003363

N.I.G. CGPJ / IZO BKLM: 01.059.42.1-2015/0003363

A.p.ord L2 / 343/2016 - A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 Vitoria / Gasteizko Merkataritzako 1zk.ko Epaitegia

Autos 139/2015 (e) ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

Procurador / Prokuradorea: Dª Mª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO

Abogado / Abokatua: D. CARLOS LOSADA PEREDA

Recurrido / Errekurritua: Dª Mariola

Procurador / Prokuradorea: Dª ISABEL GÓMEZ PÉREZ DE MENDIOLA

Abogado / Abokatua: D. MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ FILGUEIRA

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Srs. Magistrados D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, ha dictado el día treinta de junio de dos mil dieciséis

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 242/16

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 343/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 139/2015, ha sido promovido por **KUTXABANK S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, asistida del letrado D. CARLOS LOSADA PEREDA, frente a la sentencia dictada el 31 de marzo de 2016 . Es parte apelada Dª Mariola , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª ISABEL GÓMEZ PÉREZ DE MENDIOLA, asistida del letrado D. MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ FILGUEIRA. Actúa como ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó en procedimiento ordinario nº 139/2015 sentencia el 31 de marzo de 2016 cuyo fallo dispone:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Mariola representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

DECLARO:

1. La nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre Mariola y la demandada, documentado en la escritura pública nº 1.050 de fecha 20.11.2007:

A) Del apartado B de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo IRPH Entidades con la siguiente redacción: "-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 de julio de 1994 que se publica en el BOE de 3 de agosto de 1994.

B) Del apartado C de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo sustitutivo IRPH Cajas con la siguiente redacción: "El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomará 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 5/94 del Banco de España de 22.07.94, que se publica en el BOE del 03.08.94.

C) De la cláusula quinta las siguientes estipulaciones: "Serán de cuenta de la parte prestataria-; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por éste préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación,-

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de este clase de contratos, aún cuando por Ley se impusieran directamente al prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

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 a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o índice IRPH Cajas si se hubiera aplicado, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir de segundo 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, con el consiguiente recálculo del cuadro de amortización.

-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 tal resolución el Procurador de los Tribunales D^a M^a CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., recurso de apelación, alegando:

1.- Infracción legal por considerar negociado el tipo de interés en el control de préstamo hipotecario.

2.- Infracción legal por considerar imposible realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato de préstamo.

3.- Incorrecta apreciación del control de transparencia realizado y carácter no abusivo de la cláusula discutida.

TERCERO .- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 13 de mayo, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D^a Mariola escrito de oposición al recurso, tras todo lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala el día 9 de junio se manda formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui** .

QUINTO.- En providencia de 16 de junio se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 30.

SEXTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Del recurso y la sentencia de instancia

El Juzgado de lo Mercantil ha anulado el tipo de interés referenciado al índice llamado IRPH, que contiene el préstamo con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda que las partes suscribieron el 20 de noviembre de 2007. En dicho préstamo, por importe de 128.100 €, se acuerda que los dos primeros años opere un interés fijo del 5,25 % y a partir de entonces, por el resto del plazo para el abono, que se concreta en 456 meses, se abonará un interés variable referenciado al índice IRPH + 0,25 o 0,50 % según los casos.

Considera la sentencia recurrida que D^a Mariola merece la consideración de consumidora. A partir de ahí, mantiene el pronunciamiento impugnado que la incorporación de dicho índice al préstamo se efectúa sin atender las exigencias de información y transparencia que derivan de la normativa bancaria, por lo que concluye que debe declararse nulo, apartándolo del contrato. A todo ello añade que Kutxabank S.A. deberá reintegrar a la prestataria las cantidades recibidas por ese concepto.

Discrepa la apelante de esa conclusión, denunciando infracción legal por considerar negociado el tipo de interés en el control de préstamo hipotecario, entiende imposible realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato de préstamo, afirma la incorrecta apreciación del control de transparencia realizado, y defiende el carácter no abusivo de la cláusula discutida, solicitando la estimación de su recurso, y con revocación de la sentencia, la desestimación de la demanda.

La parte apelada defiende que se mantenga la sentencia en los términos en que se adoptó, desestimando el recurso de apelación con imposición de costas al recurrente.

SEGUNDO .- D el carácter negociado del tipo de interés y su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación

La primera razón del recurso Kutxabank argumenta que el índice que se declara nulo por falta de transparencia por la sentencia recurrida fue efectivamente negociado con los prestatarios por Caja Vital, igual que el resto de cláusulas contractuales, por lo que entiende que no son condiciones generales conforme a la definición que contiene el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Entiende que ese índice es objeto principal del contrato de préstamo y siempre se negocia, razón por la que difiere en cada caso.

Hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1^a, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 , y 29 junio 2016, rec. 334/2016 , refutando esa afirmación, que *"El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 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 la 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 caso que aquí se analiza dice Kutxabank que entregó oferta vinculante, pero no se aporta al procedimiento. La clienta niega su recepción, aunque es cierto que la notaria hace constar en la escritura que la prestataria le exhibe oferta vinculante que no discrepa de las condiciones pactadas (doc. nº 1 de la demanda, folio 65 de los autos). No se incorpora, sin embargo, a tal escritura, de modo que no puede ni examinarse, ni constatar sus términos.

Por otro lado es Caja Vital, cuya sucesora es Kutxabank, quien redacta la cláusula tercera d, de forma semejante a la que utiliza en otros contratos como los recogidos en las dos sentencias antes citadas (SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 y 29 junio 2016, rec. 334/2016). De ahí que pueda concluirse, pese a lo que sostiene la recurrente, que nos encontramos, por tanto, ante una cláusula predispuesta e impuesta, es decir, ante una condición general, semejante a otras muchas.

Mantiene la entidad recurrente que el índice fue objeto de negociación. Le corresponde acreditar tal negociación, por disponerlo el art. 82.2 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 y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Para justificar que hay tal negociación, cita el doc. nº 1 de la contestación a la demanda (folios 169), que es otro préstamo con garantía hipotecaria previo al de autos, suscrito entre las mismas partes, que sin embargo sólo evidencia que la financiación para la adquisición de la vivienda se ha reestructurado, novando la obligación primitiva. Tal documental no permite considerar probado que hubo negociación en ambos contratos.

También se asegura que el hecho de que se emitiera oferta vinculante y remitiera a la notaría acredita la negociación. Esa afirmación no puede compartirse, porque lo que acreditaría sería que se emite la oferta, no aportada por las partes, que coincide con lo que luego recogerá el préstamo, se dirige al fedatario público y ésta hace constar en la escritura su existencia y términos. Esos datos, sin embargo, no ponen de manifiesto que hubiera negociación previa, sino los términos de la oferta que en su caso se hubiera hecho, oferta que no consta.

Tampoco hay constancia, porque ni siquiera se explica por la recurrente, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que, reiterando lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , y "- siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas 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- "

Todo ello conduce a la desestimación del primer motivo del recurso.

TERCERO .- Sobre la imposibilidad de realizar control de abusividad

Argumenta la recurrente en segundo lugar que no cabe que se realice control de abusividad del índice IRPH porque es el objeto principal del contrato y no cabe conforme a la doctrina, normas y jurisprudencia que cita. También hemos resuelto la cuestión en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 y 29 junio 2016, rec. 334/2016 , donde se decía:

"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 accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado". Concluye que es una cláusula accesoria 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.

El recurrente defiende lo contrario, que el interés es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo, la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación que las entidades crédito formalizan 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, la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional por su carácter abusivo, cuestión que la parte apelada no comparte.

Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el 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. 4.2 º, 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 de 18 de junio de 2.012 , 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 tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, 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".

Siendo similares las circunstancias esta doctrina también ha de aplicarse al caso de autos, por lo que procede entrar en el siguiente motivo del recurso.

CUARTO.- Sobre el control de transparencia

Considera la parte apelante que ha atendido la exigencia de transparencia, el doble control a que alude la jurisprudencia. Afirma que la cláusula 3 d es clara al fijar el índice IRPH, de modo que supera el primero

control formal o documental, y el segundo, puesto que se explicó en qué consistía, reprochando a la sentencia recurrida su argumentación en contrario.

Dispone al respecto el art. 5.1 LCGC que " *Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas*". La norma previene además que: " *No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*".

En cuanto al primer control de transparencia, documental o formal, no consta, porque no hay prueba de lo que recoge la oferta vinculante, inexplicablemente no aportada al procedimiento. Tampoco aparece incorporada a la escritura de constitución del controvertido préstamo con garantía hipotecaria.

En lo que atañe al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice el vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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...*". En coherencia con esa consideración su art. 5 establece 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*".

Añade el § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que para realizar "- *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*".

Sostiene Kutxabank que se dieron explicaciones y se informó suficientemente. Sin embargo no consta oferta vinculante, de modo que un elemento esencial para constatar que se facilitó información no se dispone. Tampoco hay constancia, como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016, de que " *se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta*". Nada de esto se alega ni consta acreditado.

En la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 dijimos que " *Y lo que es más importante a nuestro entender, Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia)*".

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el 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".

Otro tanto se mantiene en las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, y 29 junio 2016, rec. 334/2016, que insisten en que corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH.

A falta de acreditación de que se hubiera facilitado información, de los términos de la oferta vinculante, de que se hubiera explicado a la clienta las consecuencias de optar por ese índice en lugar de otros de

comportamiento más favorable para el prestatario, debe desestimarse el motivo, y consecuentemente, el recurso de apelación.

QUINTO.- Depósito para recurrir

Puesto que así lo dispone la Disposición Adicional 15ª.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), procede la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

SEXTO .- Costas

Conforme al art. 398.1 LEC , por remisión al art. 394.1, se condena al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales Dª Mª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., frente a la sentencia de 31 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 139/2015.

2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

3.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas del recurso de apelación

MODO DE IMPUGNACION : Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 479 LEC).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y nº del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext. por infracción procesal) y nº de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase 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 Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Sr. ponente en el mismo día de su fecha, lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.