

Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Huelva

JUICIO ORDINARIO 857-15

De: DON

Y DOÑA

Procurador/a Sr./a.: DON ENRIQUE HINOJOSA DE GUZMAN ALONSO

Contra: CAIXABANK

Procurador/a Sr./a.: DOÑA ELISA GOMEZ LOZANO

SENTENCIA Nº 137/16

En Huelva a 24 de junio de 2016

El **Iltre. Sr. D. Alejandro Tascón García Juez en funciones de refuerzo del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Huelva**, procede, **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**, a dictar la presente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte actora presentó demanda de Juicio Ordinario arreglada a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue turnada a este Juzgado contra el demandado, la **entidad CAIXABANK** mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminaba suplicando que tras los trámites de ley se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de la cláusula SUELO del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que se expondrá, con restitución de las cantidades cobradas indebidamente a raíz de la nulidad de esa cláusula, más intereses y costas. Asimismo, instaba que se declarase la nulidad del índice de referencia que se estableció en el préstamo, en concreto el IHRP CAJAS y los tipos sustitutivos TAR y, subsidiariamente, un tipo fijo del 14% , solicitando que no se aplicara en consecuencia

índice de referencia alguno, o, subsidiariamente, que se aplicara el índice EURIBOR a un año, entendiéndose que también es nula por abusiva la cláusula que integra los índices de referencia.

SEGUNDO: Contestación: Admitida la demanda, se acordó emplazamiento de la parte demandada a fin de que en el plazo legal compareciera en forma y contestara la demanda, lo que verificó en tiempo y forma oponiéndose a la demanda presentada de contrario, considerando que ha existido negociación entre las partes y que las condiciones del préstamo no fueron impuestas sino negociadas, aludiendo a la existencia de información de las condiciones financieras por parte del Notario que intervino en la escritura, y la entrega de oferta vinculante. Por último, hace referencia a la proporcionalidad de las cláusulas.

TERCERO: Audiencia Previa. Señalada la celebración de la audiencia previa, al acto comparecieron ambas partes, con la proposición y admisión de prueba que consta en autos.

CUARTO: Celebrado el juicio y practicándose las pruebas solicitadas por las partes, tras el trámite de conclusiones quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han cumplido las prevenciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Términos de la reclamación.

La parte actora ejercita acción de nulidad de condición general al amparo de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación(en adelante LCGC), alegando, en esencia, que la cláusula es una condición general de la contratación, que el actor es consumidor, y que en la condición general se aprecia ausencia de claridad y transparencia siendo una cláusula abusiva.

Alega que con fecha 17/09/2001 formalizó con la demandada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por un principal de 48.080,97 euros, ante el Notario DON EMILIO GONZALEZ ESPINAL, con número de su protocolo 646, y que en la meritada escritura se dispuso, como cláusula de adhesión, la denominada cláusula suelo, habiendo sido incorporada unilateralmente por el banco. En concreto se establecía en la cláusula TERCERA BIS de la escritura que el interés ordinario resultante no podrá ser inferior al

4,90% nominal anual.

En la cláusula tercera bis se establecía, a su vez, el tipo de referencia, en concreto el IRPH CAJAS (tipo medio de Cajas de Ahorro de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre) más 0,250%, y los tipos sustitutivos TAR y, subsidiariamente, un tipo fijo del 14%

En relación a la cláusula suelo se aduce que está inserta la cláusula junto a una serie de porcentajes, diferenciales y demás datos que para cualquier ciudadano medio resultan confusos e inteligibles. Por otra parte, el Notario no hace advertencia sobre la susodicha limitación a los intereses variables, no habiéndose negociado bilateralmente siendo incorporadas con carácter general por la mercantil demandada a este tipo de contrato, no habiéndose explicado al cliente, de forma clara y transparente, la existencia de las limitaciones de tipos de interés, ni antes, ni durante la celebración del contrato, por lo que el prestatario no prestó su consentimiento al efecto. Destaca, por otra parte, que no se entregó al cliente la oportuna oferta vinculante.

Alega que este tipo de contratos pertenece a la categoría de contratos de adhesión, cuyo contenido ha sido redactado previa y unilateralmente por la entidad financiera, sin que las cláusulas hayan sido negociadas individualmente por cada cliente, y por tanto el consumidor sólo se limita a negociar el diferencial, ante la creencia de que el tipo de interés es variable y pasando las cláusulas limitativas de las variaciones al tipo de interés inadvertidas y por último considerando que la inclusión de la cláusula suelo transforma el tipo variable en fijo mínimo, obligando al prestatario al abono de un interés mínimo que actúa como barrera. Tratándose de contratos de adhesión no tiene el consumidor capacidad de negociación, por ello considera que la cláusula sea declarada nula solicitando su eliminación del contrato y se condene a la entidad a la devolución de la cantidad cobrada de más en el préstamo hipotecario en virtud de la aplicación de las referidas cláusulas, y sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito y todo ello más el interés legal desde la sentencia que recaiga en este procedimiento.

Por último, por las mismas razones, relativas a falta de información, y susceptibilidad de ser manipulado, insta a que se declare nulo también, por abusivo, el índice de referencia impuesto, el IRPH y sustitutos -en concreto el Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro, elaborado por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, y si dejara también esta de aplicarse, un tipo fijo del 14%-, solicitando que no se aplicara en consecuencia índice de referencia alguno, o, subsidiariamente, que se aplicara el índice EURIBOR a un año, al ser más beneficioso e imparcial para el consumidor. Alega que la entidad demandada no informó, o, si lo hizo, lo fue muy vagamente y de forma interesadamente

tergiversada e incompleta a los actores, sobre la diferencia entre los índices de referencia contenidos en la escritura de préstamo y el EURIBOR, no informándoles a los prestatarios sobre que el IRPH y el TAR no son sino una media de los tipos que las mismas entidades aplican -por lo que en última instancia tienen capacidad de alterar en más o menos sus valores-. sin hacer proyecciones de escenarios diversos, y, en fin, induciendo al cliente a referenciar la operación a IRPH simplemente fiados de la palabra de quien hasta ese momento parecía un interlocutor de confianza.

Frente a ello **la entidad demandada manifiesta oposición**, alegando en primer lugar atendiendo a la negociación habida entre las partes, ya que entre las partes, antes de la firma del contrato hubo varias conversaciones, entendiendo por tanto que las condiciones del préstamo no fueron impuestas sino que fueron negociadas, y que la actora no acredita que no hubo transparencia o que la cláusula fue impuesta sin aportar principio de prueba que acredite esa ausencia de diligencia debida por parte de la demandada.

Entiende por tanto la entidad bancaria que hubo negociaciones, porque fue el actor el que acudió a la sede bancaria a solicitar el préstamo, y se negociaron las condiciones del mismo.

Considera que CAIXABANK ha cumplido estrictamente con la normativa aplicable respecto de la transparencia debida, teniendo en cuenta que el lenguaje utilizado es plenamente comprensible para cualquier consumidor que no tenga conocimientos económicos o financieros, pues el límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés se expresa en términos claros, sencillos y absolutos, habiéndose entregado, además, oferta vinculante. Afirma que el propio Notario hizo constar en la escritura de préstamo la existencia de oferta vinculante.

Considera que existe proporcionalidad de las cláusulas, en atención al análisis conjunto de los elementos diferentes en cada préstamo y relevantes en cada momento. Aduce que el Notario, además, le advirtió de todas y cada una de las cláusulas, en especial la relativa al tipo de interés. Por otra parte, manifiesta la demandada que no se puede declarar abusiva una cláusula que se refiera a la definición del precio.

En último lugar alude a la irretroactividad de la sentencia, mencionando la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013.

En relación al IRPH, asimismo alega que se llevaron a cabo suficientes labores de información al cliente, descartando que el índice sea manipulable, y que no puede declararse su nulidad por abusividad de ningún modo, en tanto que se trata de un tipo de referencia reconocido oficialmente, amparado por la legislación vigente en el momento

de la firma de la Escritura de Préstamo.

SEGUNDO: .- Condición de consumidor.

Centrándonos en el caso concreto, debemos recordar que la cuestión básica se centra en la carga de la prueba, y esta se encuentra consagrada en los números 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca, y a la demandada los hechos extintivos o impeditivos.

Sin que se pueda obviar, que, como tiene establecida la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013, compete a la demandada la carga de demostrar que la contraparte tuvo posibilidad de negociación en tales términos, y acreditar el grado de información que el Banco haya suministrado al cliente, así como la forma y el momento en el que lo haya hecho, y que la carga de la prueba sobre la existencia de información recae sobre la entidad financiera dado que de conformidad con el principio de facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC) es quien está en mejor situación para probar ese hecho y así lo impone, y, porque la falta de información constituye un hecho negativo de imposible prueba para el cliente.

En el presente caso, la celebración entre las partes el día 17/09/2001 del contrato de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública está plenamente acreditado por la prueba documental practicada por las partes, copia de la escritura pública, no siendo tal hecho controvertido por los litigantes y por ello exento de prueba (artículos 405 y 281.3 de la LEC). Las mismas circunstancias deben predicarse de la condición de consumidor del actor, respecto a lo que no se ha practicado prueba en contrario en el presente procedimiento, sin cuestionar el letrado de la demandada que la redacción del clausulado de la escritura es el que se incorporaba a contratos de préstamo hipotecario similares ni tampoco el carácter de consumidor del demandante.

Conforme al artículo 3 del Real Decreto Legislativo 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, que regula el concepto general de consumidor y de usuario: “ A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial” y atendiendo a la prueba practicada en el presente procedimiento, debe concluirse teniendo por acreditada la condición de consumidor del

actor.

TERCERO.- En primer lugar, es preciso analizar la solicitud de la actora para declarar nula la cláusula tercera bis en lo relativo al establecimiento como índice de referencia el IRPH, y como sustitutivos el tipo TAR y, en su caso, un tipo fijo de un 14%.

La parte actora pretende la declaración de nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado IRPH Cajas, por considerarlo contrario a la [Directiva 93/13/CEE](#) del Consejo, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, a la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de Contratación y al RDL 1/2007 por el que se aprueba el [TRLGDCU](#) y otras normas complementarias, alegando que se incorporó al contrato de forma no transparente y argumenta sobre su abusividad.

Califica de abusivo su funcionamiento y cuantificación por resultar manipulable por la propia entidad prestamista, solicitando su extrañamiento del contrato por nulo, con devolución de las cantidades abonadas en exceso por el prestatario por las diferencias resultantes entre las sumas pagadas conforme al IRPH Cajas y las que hubieran resultado de no haberse aplicado tipo de referencia alguno, y subsidiariamente el EURIBOR.

La entidad demandada sostiene la validez del índice controvertido, aunque su contestación fundamentalmente se centra en argumentar la validez de la cláusula suelo cuya nulidad también pretenden los demandantes.

Pues bien, en lo que respecta al tipo de referencia cuya validez, en cuanto a su integración en el contrato de préstamo, se plantea, es preciso tener en cuenta que el índice IRPH Entidades, aplicable en estos momentos, es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas y el TAR lo era hasta que desaparecieron de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013.

El banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los índices IRPH Cajas e IRPH Bancos y el CECA o TAR, tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades, como sucedió en el caso de autos, renunciando el banco demandado, por otro lado, a aplicar el tipo fijo del 14% previsto en el contrato.

Los anteriores índices estaban 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. Fueron introducidos 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 el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades 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.

En relación al funcionamiento del tipo examinado, es preciso tener en cuenta las siguientes premisas respecto a su funcionamiento:

- a la hora de elaborar el índice a partir de los datos recibidos de los Bancos y Cajas, todas las entidades, pequeñas o grandes, tienen el mismo peso específico independientemente del volumen de préstamos concedidos;

- si en un mes una de las cajas, incrementa el tipo de interés al que concede los préstamos ello tiene una incidencia directa en el IRPH; igualmente la tienen las comisiones y demás gastos que el cliente estuviera obligado a pagar a las cajas y bancos como contraprestación por el crédito recibido, de forma que tanto si estos se incrementan como si se reducen, ello repercute directamente en el índice;

-para el cálculo no se desprecian los valores más alejados de la tónica general del mercado tanto al alza como a la baja.

Sin embargo, es cierto que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación. Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado. El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la alegación de los actores de manipulación del índice por la entidad con la que se contrató el préstamo no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de la Caja de Ahorros prestamista en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben.

Tampoco se observa ese carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que:

- a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre.
- b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés.

La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica;

c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

En relación al índice contemplado como sustitutivo, el Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (también conocido como Indicador CECA, tipo activo o TAR) tampoco se observa esa susceptibilidad a su manipulación, ni se ha acreditado que efectivamente hubiera sido objeto de manipulación. Tampoco, al igual que el IRPH CAJAS o IRPH conjunto entidades, supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El índice TAR se define como el noventa por ciento, redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos personales formalizados mensualmente por plazos de un año a menos de tres años y a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre formalizados mensualmente por plazos de tres años o más. Los tipos utilizados en el cálculo de las medias serán los tipos anuales equivalentes, ponderados por sus respectivos principales, comunicados por las cajas de ahorro confederadas al Banco de España, para cada una de esas modalidades de préstamo y esos plazos, en virtud de lo previsto en la norma segunda. De no recibirse las comunicaciones de alguna caja confederada antes del día 20 de cada mes, respecto de las operaciones efectuadas en el mes anterior, se tomarán los datos del mes precedente de los que se disponga en relación con la misma, pero si no se contara con información dos meses consecutivos dicha caja se eliminará a efectos de los cálculos que deban realizarse, si bien será necesario para determinar el índice que exista información de un mínimo de cuarenta cajas de las que se haya recibido puntualmente información, o bien de un número de ellas que suponga, al menos, el cincuenta por ciento del sector en función del volumen de la rúbrica de débitos a clientes. Las series de datos obtenidas se depurarán eliminando los valores extremos que se aparten de la media aritmética de la serie completa dos o más veces su desviación estándar.

Resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades, IRPH Cajas y el CECA, y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se

trata de un índice que siempre se han encontrado por encima del Euribor.

CUARTO.- Descartada su posible manipulación, procede distinguir la posibilidad de someter a control de transparencia las cláusulas impugnadas, del control de abusividad.

A) Respecto del control de abusividad, se cuestiona por la demandada que sea admisible sobre una condición que constituye elemento integrante del objeto principal del contrato.

Sobre si es o no la cláusula que determina el interés remuneratorio a aplicar en el contrato de préstamo elemento esencial del contrato y sobre la posibilidad de someter o no a control de abusividad una cláusula que defina el objeto principal del contrato, destaca lo manifestado en la Sentencia de fecha 10.03.2016 por la AP de Álava: *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, sólo 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 significaba.*

En relación a la primera cuestión, tras citar los párrafos 188, 189 y 190 de la STS, entiende que si las cláusulas suelen formar parte del objeto principal del contrato, con más razón lo será la cláusula que define el interés remuneratorio.

Y en relación a la segunda, tras citar la STJUE de 03.06.2010 y del TS de 18.06.2012, señala:

"Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado con este motivo de recurso, se procede a transcribir 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".

B) Aunque conforme a lo argumentado anteriormente no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada por la parte actora, relativa al tipo de referencia, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia -doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores.

a)- En primer lugar procede analizar si la cláusula que establece el tipo de referencia y sus sustitutivos tiene naturaleza de condición general de la contratación, a los efectos de si 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 vengán 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 índices oficiales 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 y el CECA así como la fórmula para su cálculo 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, siendo ello así, siendo el índice IRPH Entidades un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado en el Fundamento anterior, en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH ni el CECA, 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 el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y el sustitutivo 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 por 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.

Por tanto no puede admitirse que no le sea aplicable la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de la citada norma.

b)- Alega también la demandada que no es aplicable la LCGC por cuanto, pese a ser cláusulas redactadas y predisuestas 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 c) 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 comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 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 particulares 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".

"-Parágrafo 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 TRLCU, 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 que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada. La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Además, el

demandado no ha practicado prueba alguna de la que se infiera no solo negociación sino ni siquiera una mínima labor de información al prestatario de lo que éste firmaba. Ni aporta documental acreditativa de negociación o de información a los prestatarios, ni declaración testifical de los empleados bancarios que llevaran a cabo la contratación del préstamo con los demandantes. Ningún valor probatorio ostenta el documento aportado por la demandada, como número dos de su contestación, en el que aparece la firma del prestatario reconociendo la entrega de oferta vinculante, ya que no se aporta la misma, que es lo realmente esencial para determinar si se ha cumplimentado el deber de información, al menos desde un punto de vista formal, respecto al consumidor. Al no aportarse tal oferta vinculante tampoco puede examinarse si la misma cumplía con los presupuestos exigidos legalmente para su confección, previstos en el artículo 5 de la OM 05/05/94.

Invoca la demandada la supuesta oferta vinculante entregada a la prestataria, pero no obra en autos oferta vinculante alguna. Al margen de esta nula labor de información del banco, es preciso tener en cuenta que el hipotético conocimiento de la cláusula no es equivalente a negociación. Y ninguna prueba aporta la demandada sobre una verdadera negociación. Ni siquiera se aporta la llamada oferta vinculante, pero es que, tampoco se aporta documentación tal como solicitud del cliente, contraoferta, solicitud al departamento competente para autorizar o analizar la concesión del préstamo referenciado a otro índice distinto y encuentro final de voluntades que concrete el índice consensuado en el IRPH Cajas. Lo único que tenemos es la escritura en la que se plasman las condiciones definitivas sin que exista dato o indicio alguno que permita pensar que las cláusulas concretas impugnadas tanto la que estable el índice de referencia y sustitutivo, como la que repercute en el prestatario la totalidad de gastos de la operación, hayan sido objeto de efectiva negociación, principalmente los previstos, como se adelantó en el párrafo anterior, en el artículo 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que exige que el documento *se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el número 2 del artículo 7, en el despacho del Notario autorizante.*

Por tanto resulta plenamente aplicable la ley de condiciones generales de la contratación y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores.

QUINTO.- En lo que respecta al control de transparencia, es preciso recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014, que ya adelantaba en S. de 09.05.2013 y ha reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015 , de 29.04.2015 y de 23.12.2015:

"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".

Debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en

relación al reparto de riesgos que representa.

En cuanto al control de inclusión, la única referencia al posible cumplimiento de las disposiciones de la Orden Ministerial de 05.05.1994, en toda la presente causa, son las indicaciones que realiza el Notario en la escritura pública, sin que en cambio contemos con la Oferta Vinculante, ni se incorpora como anexo a la escritura ni se aporta por la parte demandada. Así, el Notario indica que "que la parte prestataria renuncia al plazo de tres días hábiles que tiene para que esté a su disposición un proyecto de esta escritura, antes de su otorgamiento" y que "la entidad prestamista me ha exhibido la oferta vinculante que regula la OM 05/05/94 y tras su examen compruebo que no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la misma y las cláusulas financieras del préstamo hipotecario contenidas en esta escritura". La demandante discute lo que referencia el Notario en la escritura pública aportada por ella misma, y no se ha aportado la misma por la entidad bancaria demandada, pese a que le correspondía su aportación en virtud de la aplicación del principio de facilidad probatoria, previsto en el artículo 217.6 LEC.

Ahora bien, pese a que se tuviese por cierto la entrega de la oferta vinculante, tal y como indicó el Notario, lo que cuestiona en la demanda es que se le proporcionara información suficiente en orden a **alcanzar una comprensibilidad real, es decir, a conocer qué es y cómo se configura el IRPH, su comportamiento histórico en relación a otros índices y desde luego a la posibilidad de optar por otro índice de referencia.**

La S.AP Álava de 10.03.2016, que analiza un supuesto similar al que es objeto de este pleito, recuerda en relación al doble control de transparencia, lo dispuesto por el TS en S. de 09.05.2013 , parágrafos 210 y ss:

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

mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En definitiva, como afirma el IC 2000, "el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

Y añade: " El Tribunal concluye (apartado 215): "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Por otra parte, la STS de 8 de septiembre de 2014 en relación a este tema(FJ 2º, apartado 9) dice: "¿no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento

significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo"

Volviendo a la STS 9 de mayo 2013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénczgyi Lizing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU dispone que "el carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste

dependa".

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

Pues bien, adentrándonos en el supuesto enjuiciado, se observa que en cuanto a la información que se debería haber facilitado a la prestataria en el curso de la oferta comercial para satisfacer las exigencias de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula, no existe prueba alguna.

Ya se ha dicho que puede presumirse la existencia de una oferta vinculante por la propia referencia que realiza el Notario a su existencia, pero no se ha visto su contenido y por tanto, lo que no puede presuponerse es que en la misma existiera información acerca de la configuración del índice de referencia principal y sus sustitutos. No hay documentación alguna que refleje las explicaciones que se deberían haber dado al cliente acerca del comportamiento de estos índices y singularmente del hecho de ser índices que siempre se han situado por encima del Euribor.

No hay prueba alguna de que se facilitara al cliente alternativa alguna, como por ejemplo pudiera ser un préstamo referenciado a Euribor. Debe también tenerse en cuenta que en el préstamo de la demandante se añade un margen de 0,25 al tipo de referencia y al no constar alternativa alguna no puede este Juzgador plantearse siquiera la ventaja que se pudiera haber expuesto al cliente para que contratara un préstamo referenciado al IRPH. Como dice la S. de la AP Álava antes citada *"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". Y "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."*

En relación al TAR, adoptado como índice de Referencia sustitutivo, el mismo se define

en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado. A diferencia de lo que ocurre con el índice de referencia "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorro", cuya definición, sin perjuicio de hacerse además referencia expresa a la Circular que la contiene, se incorpora a la escritura, en el caso del índice CECA o TAR en su denominación ni se incluye una remisión para su definición comprensión a la Circular 8/90 del Banco de España, sin indicación del ni del nombre completo de la Circular ([Circular 8/1990, de 7 de septiembre](#), sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela), ni del concreto Boletín Oficial del Estado en el que fue publicada (BOE núm. 226 de 20 de Septiembre de 1990). No cumple, en consecuencia, esa cláusula controvertida el requisito de incorporación sin reenvío a textos o documentos, y ello porque no constando que la Circular fuera facilitada previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, no puede cumplirse el requisito de "posibilidad de comprensión directa" cuando ni siquiera se cita la Circular de forma completa y tampoco se menciona la fecha del BOE en el que se publicó, pues ello obliga al consumidor a realizar una labor de búsqueda que en muchos casos (piénsese en personas mayores; personas con niveles muy básicos de formación) puede resultar, cuando menos, muy dificultosa, siendo la entidad bancaria, en todo caso, la que está obligada a posibilitar la comprensión directa. Ciertamente, la concreción del BOE de publicación habría salvado este requisito (en las definiciones que las escrituras públicas contienen del Euribor se identifica no sólo la Circular que lo define sino el correspondiente BOE), pero la ausencia de la completa identificación de la Circular y del concreto BOE de publicación considera este Juzgador que impide cumplir el requisito de comprensión directa para estimar que la cláusula cumple el primer filtro de transparencia.

Consecuentemente, debe considerarse que los demandantes no tuvieron la oportunidad real de conocer de manera completa en qué consistía el índice de referencia ni el sustitutivo aplicable, y, en aplicación de lo dispuesto en el [artículo 7 b de la LCGC](#), no puede considerarse incorporada al contrato la cláusula controvertida.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia por las razones pormenorizadamente descritas, y, por ello, debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato.

En relación al 14% establecido como tipo fijo en caso de desaparición de los índices de referencia, tipo no aplicado por el banco pese a la desaparición del IRPH CAJAS y el CECA o TAR, procede realizar el mismo razonamiento para su expulsión del contrato, al no superar el referido filtro de transparencia, remitiéndose el que suscribe al extenso análisis realizado respecto a la prueba practicada en los presentes autos para determinar la declaración de nulidad de los índices de referencia IRPH y CECA en cuanto a la no superación del doble filtro de transparencia Jurisprudencialmente exigidos.

En conclusión, ninguno de los tipos expresados en la cláusula TERCERA BIS a), b) y c), superan el referido filtro de transparencia, habiendo incurrido la entidad demandada en una nula labor de información al prestatario, que acarreó la consecuente falta de conocimiento y comprensión por parte del consumidor demandante de las condiciones financieras del contrato de préstamo que estaba firmando.

SEXTO.- En relación a las consecuencia de dicha nulidad, siendo nula la cláusula reguladora del índice de referencia -cláusula TERCERA BIS a), b) y c)- ha de tenerse la misma por no puesta, por lo que ningún interés remuneratorio deberá abonar el prestatario. La aplicación del tipo de referencia IRPH ENTIDADES, consecuencia de la mencionada desaparición de los tipos de referencias contenidos en el contrato de préstamo objeto de autos, no podrá seguir rigiendo como índice en el préstamo, en tanto que su aplicación es consecuencia directa de la desaparición de unos tipos de referencia declarados nulos en la presente Sentencia.

Ha de partirse 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 anterior artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuía 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"*.

En el reciente **Auto del TJUE de 17.03.2016** vuelve el tribunal europeo a insistir:

"37. En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin

aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C- 618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartados 28 y41).

38. Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartado33) ".

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH, y los índices y tipos sustitutivos previstos en el apartado c de la estipulación TERCERA BIS, produce en primer lugar la expulsión de la misma 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, el interés remuneratorio no es elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin la referida cláusula.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al IRPH y a sus sustitutivos.

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 la cláusula declarada nula, 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 a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable.

Insta el demandante el pago de aquella cantidad con sus intereses legales devengados

desde la fecha de cada cobro sin embargo, no procede la condena en este concepto. A esta conclusión se llega teniendo en cuenta que la cantidad a la que se condena al banco demandado **no es líquida**, sino que depende de un interés por referencia al EURIBOR, variable, y no se ha hecho un cálculo ni una petición en la demanda ni en el periodo probatorio, por lo que únicamente están determinadas las bases para una liquidación posterior, lo que impide efectuar una condena al pago de intereses mientras no se practique, en tanto que el mismo art. 576 sólo permite su aplicación a una cantidad líquida -Sentencia 110/2016 de 24 de Febrero de 2016 dictada por la Sección 2ª de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Huelva (Recurso 102/2016)-.

SEPTIMO.- Por último, insta en su demanda la parte actora a la declaración de nulidad de la cláusula suelo incorporada en la misma en la estipulación TERCERA BIS d) de la escritura de préstamo. Pues bien, teniendo en cuenta la declaración de nulidad de la cláusula TERCERA BIS a), b) y c) relativa a la determinación de los tipos de referencia, de los que depende, por tanto, la determinación del interés remuneratorio a abonar en cada periodo del préstamo por el prestatario, al tratarse de un préstamo con un interés variable, resulta innecesario entrar a valorar la nulidad de aquella cláusula que establece un interés ordinario mínimo, en tanto que la misma ya no será aplicable al haber dejado de ostentar el préstamo un carácter oneroso, tal y como se ha concluido en el fundamento de derecho sexto.

OCTAVO.- En materia de costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 394 LEC, en caso de estimación íntegra de la demanda ha de imponerse las costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que debo **ESTIMAR** y **ESTIMO** la demanda formulada por **DON**
Y DOÑA contra la entidad
CAIXABANK, y en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo, de la estipulación que establece el tipo de referencia el tipo IRPH Cajas y que se contiene en la estipulación TERCERA BIS b) del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario DON EMILIO GONZALEZ ESPINAL, el día 17 de septiembre de 2001.

2.- DECLARO la nulidad, por tener el carácter de abusivo, de la cláusula que establece el tipo de referencia sustitutivo el tipo TAR y, subsidiariamente, el tipo fijo del 14%, y que se contiene en la estipulación TERCERA BIS c) del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes mediante escritura pública autorizada por el Notario DON EMILIO GONZALEZ ESPINAL, el día 17 de septiembre de 2001.

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

Y CONDENO a la demandada:

1.- A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia, sin aplicación de tipo de interés remuneratorio alguno.

2.- A devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio. 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.

3.- A abonar los intereses legales conforme al fundamento de derecho séptimo.

4.- Se condena en costas a la demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que contra la misma cabe interponer recurso de APELACION, del que conocerá la Audiencia Provincial de Huelva, debiendo interponerse ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, y citar la resolución apelada y los pronunciamientos que se impugna.

Llévese testimonio de la presente a los autos de su razón con archivo de la original en el Libro de Sentencias.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha. Doy fe.