



JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00195/2016

"SA GERRERIA" C/TRAVESSA DE'N BALLESTER S/N, PISO 3, 971-219401 **Teléfono:**

971-219401

Fax: 971-219299

NEGOCIADO H

Equipo/usuario: MRR

Modelo: N04390

N.I.G.: 07040 42 1 2015 0026983

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001267 /2015

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. XXXXXXXX

Procurador/a Sr/a. XXXXXXXX

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANCO SANTANDER SA

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO TORTELLA TUGORES

Abogado/a Sr/a. MATEO CAMILO JUAN GOMEZ

SENTENCIA N°195

Palma de Mallorca, a 15 de Noviembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de demanda

El Procurador de los Tribunales, D.XXXXXXXX
, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXX, presentó demanda de juicio ordinario contra como demandado BANCO SANTNADER S.A, en la que tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, interesó el dictado de una sentencia que con estimación de la demanda, contuviera los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter



abusivo de la cláusula tercera bis, tipo de interés variable, en cuanto que establece que " el tipo de referencia será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades...l así como el establecido con carácter supletorio Tipo medio de los préstamos hipotecarios a mas de tres años de bancos.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminar dicho índice del préstamo

3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado, para lo cual se hace una petición principal , letra a) y dos subsidiarias, letras b y c), en la forma siguiente:

- a) Recalcular la cuota sin intereses, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH entidades, quedando obligada la demandante a devolver solo capital, manteniendo el préstamo hasta su cancelación sin devolución de intereses.
- b) Recalcular la cuota como si el índice aplicado fuera el EURIBOR sin diferencial alguno, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH entidades, que será sustituido por
Euribor sin diferencial
- c) Recalcular la cuota como si el índice aplicado fuera el Euribor más el diferencial pactado del 0,40%, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH Entidades que será sustituido por el Euribor más el 0,40%.

4º.- Condenar a la demandada a devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del cobro de intereses, o del exceso en el cobro de los intereses, más los intereses legales de dichas sumas desde los respectivos abonos, de acuerdo con la petición finalmente acogida, de las planteadas en el apartado 3º de este suplico.

5º.- Condenar a la demandada a las costas del procedimiento.



SEGUNDO.- Admisión a trámite de la demanda

Por Decreto de fecha 26 d Noviembre de 2015 se admitió a trámite la demanda, dando traslado de la misma al demandado, por plazo de veinte días para la presentación de escrito de contestación

TERCERO.- Escrito de contestación a la demanda.

El procurador de los Tribunales, D. FRANCISCO TORTELLA TUGORES, en nombre y representación e BANCO SANTANDER SA, presentó escrito de contestación a la demanda, en la que tras la alegación de los hechos y de los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, interesó el dictado de una sentencia desestimatoria de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Audiencia previa al juicio

Por Diligencia de ordenación de 27 de enero de 2016 se convocó a las partes a la Audiencia Previa al juicio, señalando para tal acto el día 22 de marzo de 2016, a las 12:00 horas

De lo actuado en la Audiencia Previa queda constancia en la grabación audiovisual practicada al efecto, dando la misma aquí por reproducida.

QUINTO.- Juicio.

Al acto del juicio asistieron las partes, representadas por Procurador, y con asistencia de letrado.

Practicadas las pruebas propuestas, el interrogatorio del actor, así como las testificales propuestas por la partes actora, de D^a XXXXXXXXX y de D. XXXXXX, tras el trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

SEXTO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO.- Objeto del procedimiento

La parte actora ejercita una acción de nulidad de la cláusula tercera bis del préstamo hipotecario, suscrito entre las partes el 12 de Noviembre de 2003, donde se hace constar lo siguiente:

3° BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE "1. Cada periodo de 12 meses posterior a la fecha final del periodo de interés inicial que se ha indicado en la cláusula 3°, se denominará - periodo de interés- 2. En cada periodo de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0,40 punto al tipo de referencia, o 0,50 puntos, al tipo de referencia sustitutivo, sin redondeo. El tipo de referencia será el TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS A MAS DE TRES AÑOS DEL CONJUNTO DE ENTIDADES, definido como "la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Entidades de Crédito en el mes a que se refiere el índice, que publica el Banco de España en el BOE, tomando a efectos de referencia el último medio publicado por el Banco de España en el BOE, antes del inicio de cada nuevo periodo de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo. El tipo de referencia sustitutivo será "EL TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS DE BANCOS", definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de bancos en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos tipos medios publicado por el Banco de España en el BOE antes



del inicio de cada nuevo periodo de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

Tanto el tipo de referencia como el de referencia sustitutivo, se encuentran descritos en los términos del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España. El tipo de referencia sustitutivo se utilizará cuando, por cualquier circunstancia, el Banco de España no hubiera publicado en el BOE el tipo de referencia dentro de los tres meses naturales previos al inicio de cada nuevo periodo de interés. Al finalizar el periodo de interés afectado por esta circunstancia, volverá a determinarse el tipo de interés aplicable, para el siguiente periodo, conforme al tipo de referencia pactado.3. Dado que los tipos de referencia son oficiales, no será necesaria la comunicación de los mismos a la parte prestataria, quien tendrá conocimiento de ellos mediante la publicación que el

Banco de España efectúa en el BOE mensualmente”

Los argumentos utilizados para instar dicha nulidad son los siguientes:

1º.- De la nulidad de la cláusula que determina el índice de referencia de préstamos hipotecarios IRPH “conjunto de entidades” y el sustitutivo de Bancos, **por infracción de normas imperativas**, artículo 6.3 CC, basado en:

- Vulneración del principio de bilateralidad de los contratos, artículo 1256 del Cc, en cuanto a la unilateralidad en la fijación del precio por parte de las entidades bancarias, debido a su capacidad de influencia en el importe resultante de la aplicación de los IRPH.
- Vulneración de los preceptos de la normativa sectorial bancaria, en concreto la orden ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogada por la ORDEN EHA/2899/2011, así como la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la

que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, en concreto, artículo 17.2, donde se dispone que las entidades únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las condiciones de que se hayan calculado a coste de mercado, no siendo susceptibles de influencia por parte de la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades

- Vulneración de las normas de la ley de condiciones generales de la contratación, vulneración de las normas de protección de los consumidores y usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007 o LDCU DE 1984.

2º.- **Nulidad por falta de transparencia y abusividad de la cláusula**

- Falta de transparencia, al no darse por parte de la entidad información alguna sobre el IRPH, no recibir el actor explicación sobre las diferencias entre el IRPH y el EURIBOR, ni se le hizo simulación alguna sobre la incidencia económica que la aplicación del IRPH tenía sobre el contrato de préstamo, mediante simulación de escenarios
- Condición general predispuesta e impuesta. Denegación de oportunidad al actor de la posibilidad de optar entre los diversos índices de referencia, con absoluta falta de información sobre la forma de fijar el tipo de interés según la clase de índice de referencia aplicado,
- Desequilibrio causado al consumidor, por no aplicación del índice que cumpliera las prescripciones legales en la época en la que se firmó el contrato, como el Euribor.

La parte demandada rebate todos y cada uno de los aspectos expuestos, delimitando con ello, el objeto de controversia.



SEGUNDO.- Criterios jurisprudenciales que versan sobre el tratamiento de la materia.

1º.- SAP ÁLAVA, Sección 1º, Sentencia 85/2016, de 10 de Marzo.

En dicha sentencia se abordan todas y cada una de las cuestiones que se han fijado como hechos objeto de controversia, dando un soporte legal y jurisprudencial a cada una de ellas. El contenido de sus fundamentos de derecho es el siguiente **"SEGUNDO.- Sobre el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario v su consecuente exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación**

La recurrente admite que el clausulado del contrato se realizó por Caja Vital (ahora Kutxabank), ahora bien, al tratarse de la cláusula tercera bis del objeto principal del contrato y estar referenciado al IRPH con un tipo de interés variable más un margen del 0,50%, asegura que fue negociado con el prestatario al igual que el resto de las cláusulas en las que figuran las condiciones financieras fundamentales del contrato (capital, plazo, tipos de interés, forma de amortización,...).

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

El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas 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 median/e 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.*

e) *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 JO, 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 este caso Kutxabank presenta junto al escrito de contestación (anexo nº 3) la oferta vinculante que ofreció al actor, donde se describe el capital objeto de préstamo, el interés ordinario, el de demora, plazo de amortización y otras condiciones. Esta oferta vinculante se remite a la Notaría unos quince días antes a la firma de la escritura pública, significa que Kutxabank había dado el visto bueno a la concesión del préstamo, el actor pudo conocer los requisitos esenciales del contrato desde ese momento. Hubo información precontractual, el cliente sabía que iba a suscribir un préstamo con un interés fijo en el primer año y un interés variable los siguientes, en base al IRPH más un 0,50% datos que constan en este documento conocido por el actor. En su escrito de demanda (pág. 2) expresa que pactó con la entidad el interés fijo el primer año, dando a entender que estaba de acuerdo con este tipo, el desacuerdo está en relación al interés variable.



Aunque queda constancia de la información precontractual, y que el Sr...pudo conocer los requisitos esenciales que se iban a plasmar en el contrato de préstamo, Kutxabank no presenta prueba sobre una negociación individual con el actor. Fue la entidad quien redactó la cláusula tercera bis en este contrato, cláusula idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera queda constancia de que Kutxabank le permitiese elegir entre varias ofertas, el actor únicamente pudo expresar su consentimiento a la firma del contrato de préstamo.

En suma, 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 bancada 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 con el Sr... Tampoco se negoció de forma individual la cláusula sexta del préstamo sobre el interés de demora.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO

Sobre la imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio como objeto principal del contrato de préstamo

La sentencia de instancia declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo sino que es *"una cláusula que pese a lo frecuente,*

sigue siendo 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 parágrafo 188 indica: *"En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom- sino a si son "descriptivas" o "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo " o "modalidades de modificación del precio".*



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

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

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

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

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros



la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2.010, asunto 0484/08 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 "conceptúa/mente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio " interés usurario" que afecte a la validez del con/rato 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 definitiva 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.

1.3. 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 diráz, como regla no cabe el control de su equilibrio.

196. 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 bancada por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de



inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

CUARTO

Sobre la naturaleza del índice oficial del IRPH. La imposibilidad de ejercitar acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo

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

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

Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) refiere el IRPH de las Entidades Españolas; el



apartado b) el IRPH de las entidades de la zona euro que elabora y publica el Banco Central Europeo. El Banco de España y el Banco Europeo elaboran y publican el IRPH de las entidades de la zona euro. Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, y en cada periodo se publica el índice en el Boletín Oficial del Estado.

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

La sentencia de instancia acoge la tesis de la parte actora al afirmar que en las disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, una cosa es que se regule, y otra que su introducción en el contrato de préstamo obedezca a una disposición imperativa. La sentencia critica que el Banco de España elabore el IRPH a partir de la "media simple de los tipos de interés medios ponderados". También que su cálculo se realice con los datos de las operaciones de financiación hipotecaria formalizadas para la adquisición de vivienda libre que las entidades de crédito comunican cada mes al Banco de España (Norma segunda de la Circular 8/1990, y Norma decimosexta de la Circular 5/2012). Y que los tipos de interés medios que se han de comunicar con los que el Banco de España elabora el índice IRPH sean los tipos anuales equivalentes de las operaciones de préstamo (anexo VIII de las circulares 8/90 y 5/12).

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

El recurrente defiende que no cabe declarar la nulidad de la cláusula ya que el índice referido se regula en estas Circulares del Banco de España de forma legal e imperativa. La Directiva 93/13 CEE de 5 de abril en su art. 1.2º excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. La Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación en su art. 4.2º dispone: "Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

La STS 13 de enero de 2.015 en relación al interés referenciado por La Caixa indica: *"Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente (art. 1256 del C. Civil) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos "*.



Llegados a este punto al SAP Guipúzcoa de 15 de julio de 2.015, que resuelve un supuesto similar expresa: "£/ 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 IRPHconjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba. (...)

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



pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH Cajas". En el mismo sentido SAP Guipúzcoa de 23 de enero de 2.015, y 16 de marzo de 2.015, Guadalajara 16 de julio de 2.015).

La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo, a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación. La supuesta manipulación del índice por parte de las Cajas o las Entidades no se ha acreditado, ni siquiera se ha formulado prueba al respecto. Kutxabank lo incluye en sus préstamos hipotecarios por ser uno de los índices publicados por el Banco de España y por los organismos oficiales. Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país. Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

QUINTO

Sobre el control de transparencia aplicado a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario objeto de la Litis

El recurrente defiende que la acción de nulidad ejercitada se basaba única y exclusivamente en el supuesto carácter manipulable del IRPH Cajas, en su presunta abusividad intrínseca. El actor no realizó en la demanda alegación alguna acerca de la suficiencia de la información recibida de la entidad sobre las condiciones del préstamo en el momento de



formar su voluntad negocial, ni cuestionó la validez del consentimiento al formalizar el contrato.

No es cierto, el actor habla de la falta de información en el escrito de demanda, critica el IRPH y lo compara con el Euribor, mostrando gráficos que acreditan la evolución de uno y otro y como el Euribor ha bajado más que el IRPH . Falta de información y posible manipulación del IRPH son las cuestiones más importantes que plantea la demanda.

En relación al carácter manipulable del IRPH Entidades o Cajas, ninguna prueba realiza al efecto. La cláusula tercera bis cuya nulidad se solicita define el IRPH como "el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE de 3-8-94.

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

Ya hemos dicho en el fundamento anterior que el IRPH es un índice oficial al igual que otros que también considera oficiales el Banco de España. La OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir sobre las circunstancias del interés



variable, y especialmente si las limitaciones a la variación del tipo de interés no son semejantes al alza y a la baja.

Esta regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la información al cliente, otra cosa es que el cliente haya tenido conocimiento del contenido de la cláusula que contiene el interés variable, y haya podido comprenderla, de ahí la importancia de su claridad, que no solo debe ser gramatical sino conceptual.

En consecuencia, la primera cuestión a dilucidar es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El art. 5,5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y añade el apartado séptimo que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En conclusión, en relación al control de incorporación, entendemos que el actor tuvo oportunidad de conocer la cláusula tercera bis que define el interés ordinario como precio del contrato, lo que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH. La cláusula sobre el tipo de interés variable se conoció por el actor, Kutxabank le dio la suficiente información. El actor no cuestiona la información precontractual facilitada por la entidad a través de la oferta vinculante, pudo examinar las condiciones antes de



proceder a la firma de la escritura, ya lo hemos explicado en los fundamentos anteriores.

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

La STS de 9 de mayo de 2013 en los apartados 210 y ss en relación con el control de transparencia dice: "... el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e] los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del

ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ".

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

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

213. En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el



consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

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

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

hipotecarios objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del interés variable del préstamo ...".

Volviendo a la STS 9 de mayo 2.013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

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

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

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

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

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

235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás



cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VD Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71).

236. También el artículo 82,3 TRLCU dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa''.

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

Descendiendo a nuestro caso resulta que la cláusula se dio a conocer al cliente, hubo una oferta vinculante que se trasladó al Sr. ... y se depositó en la Notaría donde se describía el interés remuneratorio como condición esencial del contrato. En esta información precontractual se destacaba el índice IRPH entidades, dando a conocer al Sr. ... que el tipo de interés variable a partir del primer año se calculará en base a este índice. Sin embargo, no consta explicación alguna por parte de Kutxabank al cliente sobre cómo se halla el IRPH. Tampoco se explica cómo se ha comportado el IRPH en los últimos años. La



diferencia con otros índices oficiales de los que contiene la Circular 8/90 y su modificación en 1.994, Kutxabank pudo presentar gráficos similares a los que ahora trae el actor en su escrito de demanda, pero nada de esto consta, la demandada omitió todo tipo de explicación sobre la cláusula tercera bis.

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.

Cuando se novó el contrato y se amplió el plazo de devolución del principal en el año 2.009, Kutxabank tuvo una buena oportunidad para modificar la cláusula tercera bis del contrato admitiendo que el IRPH perjudicaba al cliente, pudo ofrecer en ese momento otro índice diferente en beneficio del Sr. ... si no lo hizo es porque con el IRPH cobra más intereses por el préstamo.



Como dice la sentencia de 9 de mayo de 2.013, las cláusulas son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. En este caso la cláusula aparece de forma destacada en la escritura pública, el actor no lo cuestiona, se trata una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado. Es por ello que no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato.

Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el Euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato, ratificando así la sentencia de instancia.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO

Sobre la validez y no abusividad del índice de referencia oficial IRPH entidades y del IRPH cajas pactado como tipo sustitutivo

La sentencia de instancia dedica el fundamento séptimo a la desaparición del IRPH Cajas, citando la sentencia del Juzgado Mercantil de Donostia San Sebastián de 29 de abril de 2.014.



Es una cuestión que no afecta a la resolución del litigio. No obstante, conviene aclarar que la desaparición del índice IRPH Cajas y el de bancos (no IRPH entidades) fue consecuencia de la reforma del sector financiero español iniciado por Orden 2899/2011 de 28 de octubre, cuyo desarrollo corresponde a la Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España. Mientras, la Ley 14/2013 de 27 de septiembre en su Disposición adicional decimoquinta establece con efectos desde el 1 de noviembre de 2.013 que las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

En relación a esta cuestión ya hemos mencionado la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015. A mayor abundamiento, la de 9 de junio de 2.015 indica: *"No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciabile y manipulable del IRPH Entidades, puesto que, a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después de la OM 2899/11 de 29 de octubre; b) su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España*



(comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de las entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

SÉPTIMO

Cláusula sexta del contrato sobre los intereses de demora

La sentencia de instancia declara la abusividad de la cláusula sexta por considerar que el tipo de interés de demora del 17,50 anual establecido para ser aplicado a las obligaciones dineradas vencidas y no satisfechas es desproporcionado si se compara con el tipo de interés legal del 4%.

La recurrente defiende que el actor tuvo conocimiento del interés de demora en la oferta vinculante que recibió por escrito. Habla de la naturaleza del interés de demora, disuasoria, compensatoria, e incluso penalizadora. Y refiere que el tipo de interés legal en el año 2.008 estaba sobre el



5,5%, por lo que no resulta tan desproporcional como dice la sentencia.

Tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Y como dice el Tribunal Supremo sobre este tipo de cláusulas (por todas la reciente sentencia de 22 de abril de 2.015), la cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no solo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (en este caso es una sanción o penalización a quien no paga todas las cuotas del 17,50%, 18,974% TAE). Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando



existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario.

En la reciente Sentencia dictada por esta Sala el 13 de enero de 2.016 decíamos: *"La cláusula que regula el tipo y la aplicación de los intereses de demora incluida en el contrato de préstamo perfeccionado entre la entidad crediticia demandante y los ejecutados queda sujeta al examen de legalidad, y por ende de abusividad exigido por la Directiva 93/13/CEE y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007, modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, adquiriendo singular relevancia en la decisión de este recurso los artículos 3; 4, apartado 1; 6, apartado 1; y 7 de la citada Directiva, así como la interpretación que de ellos se efectúa en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (Aziz/ La Caixa), y los artículos 82, 83, y 85 a 90 de la Ley 1/2007, de 16 de noviembre.*

De este cuerpo normativo se infiere:

Que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor, tratándose de una disposición imperativa según el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato o título establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que restablezca la igualdad entre estas, de modo que el carácter abusivo de una cláusula {.ruede realizarse de oficio o a instancia de parte conforme al principio de no preclusión tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006 , 6 de octubre de 2009 , 9 de noviembre de 2010, 15 de marzo de 2012 y 14 de marzo de 2013).



Que se ha de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que establezca la igualdad entre estas, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Que, a los fines pretendidos, el Juez nacional tiene la facultad de poder examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, según las Sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, apartados 27 y 38; de 4 de junio de 2009, apartados 29 a 32 y apartado 2 del fallo; de 6 de octubre de 2009, apartado 32, pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada apartado 34 e incluso en ejecución forzosa apartado 53 y de 14 de junio de 2012, apartado 41, 42 y apartado 1 de la declaración final; de 21 de febrero de 2013, apartados 23, 24 y declaración final apartado 1; y de 14 de marzo de 2013, apartados 41, 46 y declaración final apartado 2, sin que disponga de la posibilidad de integrar el contrato o de modificar la cláusula que se declara nula (Sentencia del Tribunal de Justicia de 154 de junio de 2012, apartados 65, 71, 73 y apartado 2 de la declaración final). Ahora bien, si el contrato no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición (artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13) no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del derecho nacional tal y como declara la sentencia de 30 de abril de 2014.

En definitiva, si un órgano judicial nacional aprecia que una determinada cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor es abusiva, y por tanto nula de pleno derecho, dicho Tribunal no puede moderar la cláusula, modificando su contenido ni integrar, en definitiva, el



contrato dando a la cláusula nula un contenido acorde a la equidad y al debido equilibrio entre las recíprocas prestaciones, pues según la legislación de la Unión e interpretación que de la misma efectúa el Tribunal de Justicia, tal transgresión, dada su gravedad, no permite su integración en el marco de la relación contractual en su conjunto, siendo sancionada con su ineficacia absoluta, pues acudir a los mecanismos supletorios de la voluntad de los contratantes, como señala el previsto en el artículo 1108 del Código Civil, equivaldría a modificar el contenido de la cláusula, sin que sea análogo el supuesto de omisión del pacto de un interés de demora a aquél en que su inclusión en el contrato se realiza con un carácter marcadamente abusivo en perjuicio del consumidor. Actuación que no puede ser suplida con una intervención integradora por el órgano judicial, sino sancionada con la ineficacia absoluta por abusividad.

La doctrina expuesta ha sido asumida por el legislador español como demuestra la nueva redacción dada al artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 3/2014, que dice así:

"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".

En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de

interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74),

Otro criterio consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69). Habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado.

El nuevo párrafo tercero del art 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. El precepto se rechaza por el recurrente diciendo que esta vivienda no era habitual, se compró para ser alquilada. En cualquier caso debe ser aplicada para los préstamos concertados tras su entrada en vigor, y no es el caso.

Así las cosas, partiendo de lo que ya hemos dicho en los fundamentos anteriores en relación con la cláusula tercera bis sobre interés ordinario, en este caso tampoco hubo negociación entre Kutxabank y el actor. La entidad informó al cliente sobre las condiciones del préstamo, la oferta vinculante se depositó



en la Notaría, hubo información precontractual, pero no negociación individual. Si Kutxabank hubiese negociado la cláusula sobre el interés de demora con el cliente, estamos seguros que éste no la hubiese aceptado por abusiva.

La cláusula es totalmente desproporcional, supera en aproximadamente tres veces el interés legal del año 2.006 (fecha de formalización del contrato), y en más del doble el interés pactado como ordinario en el mismo contrato. Kutxabank no tenía motivo alguno para fijar un interés de demora tan elevado, ni siquiera el impago de cuotas justifica este interés de demora en el contrato.

Procede declarar la nulidad de la cláusula sexta del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, el TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, 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. El contrato 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. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-61.8/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

Esta solución es consecuencia de lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros

la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, al considerar que 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 dicho precepto.

Esta solución es la que alcanza la sentencia de instancia, la nulidad de las cláusulas tercera bis y sexta del contrato que deben excluirse del mismo. La declaración de nulidad implica, ex art. 1.303 CC, que las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio de los intereses, restitución que la recurrente no cuestiona.

El recurso no puede prosperar.

TERCERO.- Valoración del caso concreto, en relación a la prueba propuesta.

Debemos comenzar con la enumeración y evaluación de la documentación aportada por la actora al procedimiento.

El **documento 1 de la demanda**, consiste en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes el 12 de Noviembre de 2003, con una clausula tercera bis, redactada en el modo en que ha sido transcrito en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, dando el mismo reproducido en el presente, al objeto de no ser reiterativo

Se acompaña como **documento 3 de la demanda**, la escritura de modificación y ampliación del préstamo hipotecario, de fecha 14 de marzo de 2007. En la cláusula tercera del mismo, se recoge las modificaciones de las responsabilidades hipotecarias, como consecuencia de la ampliación del préstamo operada.



Se aporta como **documento 2 de la demanda**, un informe de LONDON FINANCE & CONSULTING GROUP, que tiene por objeto analizar la influencia que sobre el índice de referencia de préstamos hipotecarios, pudiera tener las entidades financieras que actúan como prestamistas en España.

En dicho informe, folios 12 a 14 se entra a examinar el Euribor, considerado como un índice de referencia publicado diariamente que indica el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se prestan dinero en el mercado interbancario del euros, el cual se calcula con los datos de las 44 principales entidades financieras que operan en Europa.

Los folios 16 a 19 tratan la figura del IRPH, donde lo define como la media aritmética simple de los tipos de interés medios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices. Es la media obtenida a partir de los tipos medios de interés de los préstamos hipotecarios con un plazo superior a tres años que han sido concedidos por los Bancos o calas, o por la media de ambos durante el mes.

El mismo se hace depender del precio al que presten su dinero las entidades en España, a su voluntad, conteniendo el EURIBOR+DIFERENCIAL APLICADO.

En el folio 19 se recogen las diferencias entre el IRPH y el Euribor, en los siguientes términos:

- GENERALMENTE, el IRPH siempre es superior al EURIBOR
- El EURIBOR varía en mayor medida y de forma más brusca que el IRPH
- El EURIBOR se mueve de forma mucho más rápida al IRPH



- Normalmente, el IRPH tiene un diferencial nulo mientras que el EURIBOR no
- El IRPH no está estandarizado el EURIBOR.

En las conclusiones de dicho informe, no elaborado para el presente procedimiento, se hace constar:

- el diferencial aplicado por las entidades ha ido subiendo progresivamente desde 2008, haciendo que la rentabilidad de las entidades financieras con respecto al volumen de préstamos hipotecarios vivos a junio de 2008 y a agosto de 2013, se vea incrementada. Es el diferencial el que alimenta la cuenta de resultados de la entidad financiera
- desde el 2009 los procesos de fusiones entre los bancos y las cajas españolas han reducido el número de estas entidades de 50 a 12 en junio de 2012.

Banco Santander y BBVA suponen más de un 33% de los activos del sector financiero español. Por tanto, si ellas dos decidieran incrementar un 1% el tipo medio de los préstamos hipotecarios con un plazo superior a tres años concedidos durante el mes, manteniéndose constantes el resto de entidades, supondría un incremento del 0,33% en el IRPH de entidades.

El resultado en el IRPH es que son las poco más de 10 entidades que existen actualmente en el sistema financiero español las que provocan los movimientos de este índice, existiendo un mayor riesgo de pacto en los diferenciales entre ellas, que cuando había 50 participantes

- Bruselas investiga a los Bancos por una posible manipulación del Euribor
- (...) las medidas de protección que tomará la Unión europea para reforzar el control sobre el Euribor, hará de este un índice de referencia independiente, y no influenciado.



- Todo apunta a que las entidades varían los diferenciales de los préstamos concedidos, para que, independientemente de lo bajo que pueda estar el EURIBOR 12 meses, el tipo de interés del préstamo supere al menos, ese 3,12%
- El informe del Instituto Nacional de Estadística, publicado en Julio de 2013, en su página tercera, confirma la subida del tipo de interés medio para las hipotecas constituidas sobre viviendas en un 7%, con respecto al registrado en mayo de 2012. El Euribor, por su parte ha caído un 62% en ese mismo periodo
- Los datos demuestran que existe una manipulación en el índice de referencia de los préstamos hipotecarios, entendida como la intervención con medios hábiles y, a veces, arteros en la política, en el mercado, en la información, con distorsión de la verdad, o la justicia, y al servicio de los intereses particulares, por la sencilla razón que al ser un índice compuesto por el EURIBOR a 12 meses, este debería estar correlacionado con el mismo, sin embargo, hemos observado como el IRPH sube, mientras el Euribor a 12 meses ha caído

Nos encontramos con un pacto entre dos partes, en una de ellas tan solo hay unos pocos miembros y de gran tamaño, y en otra muchos miembros y de pequeño tamaño, sujetos ambas partes a un tercero -IRPH- cuya fórmula de cálculo hemos demostrado que es influenciable por las entidades financieras.

Como documento 4 de la demanda se acompaña la Tabla de tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario, en el mismo, y centrándonos en las fechas de firma de la escritura de hipoteca, noviembre de 2003, los índices de referencia son:

IRPH BANCOS: 3,31

IRPH ENTIDADES: 3,43

EURIBOR: 2,41



IRPH BANCOS-EUR: 0,90

IRPH ENT-EUR: 1,02

DIFERENCIAL MEDIO: 1,02

En el mes de MARZO DE 2007, fecha de la firma de la ampliación del préstamo hipotecario:

IRPH BANCOS: 4,94

IRPH ENTIDADES: 4,98

EURIBOR: 4,11

IRPH BANCOS-EUR: 0,84

IRPH ENT-EUR: 0,87

DIFERENCIAL MEDIO: 0,87.

Junto con la documental reseñada, la parte demandada propuso como prueba el interrogatorio del actor, el cual a las preguntas del letrado de la parte demandada, manifestó desconocer la existencia de un interés variable de tipo de interés, sin que en el año 2003 se le hablara de la existencia de un diferencial, ni se le especificó el tipo de interés a aplicar, lo mismo que en la novación practicada en el año 2007, en aquel momento por sus circunstancias personales necesitaba el dinero, no estando en condiciones de examinar las condiciones del préstamo, afirmando la entidad que las condiciones a aplicar eran las mismas que las pactadas en la escritura suscrita en el 2003.

En su intervención reconoció que al firmar el préstamo hipotecario, y en el otorgamiento de la escritura no leyó su contenido, siendo consciente de la situación que denuncia, y que es objeto del presente procedimiento, cuando observó que los préstamos hipotecarios de sus compañeros, en los últimos años, bajaban, algo que no sucedía con el suyo.



Indicó que de haber conocido el contenido del IRPH no hubiera firmado el préstamo hipotecario.

A preguntas de su letrado afirmó que por parte de la entidad demandada no se le informó en relación a la evolución del EURIBOR, ni en qué consistía el IRPH, no le exhibieron los distintos escenarios para el cálculo del tipo aplicable, solo permitiéndole negociar en relación a los plazos para el pago, no así las demás condiciones que vinieron establecidas y predispuestas por la entidad.

En relación a la comparecencia ante el Notario este leyó de manera rápida el condicionado de la escritura, le dijo que firmara, preguntándole de vez en cuando si entendía lo que se estaba leyendo.

Se interesó como prueba a practicar en el juicio las testificales de D^a XXXXXXXXX, madre del actor, así como el padre de éste, D. XXXXXXXX.

D^a XXXXXX reconoció que acudieron a las distintas reuniones que su hijo mantuvo con la entidad, siendo la primera de ellas en la que el banco les informó de la documentación que debían presentar, conviniendo que la hipoteca se hiciera a un plazo de 30 años.

Negó que a su hijo se le hiciera entrega de una oferta vinculante, de un folleto informativo de las condiciones pactadas, no se les hizo un simulacro del modelo de referencia, ni se les ofreció la posibilidad de calcularla o aplicar otro tipo de referencia. En esas reuniones se habló de la duración, de la cuota, del importe, NO RECORDANDO que se hablase del tipo de interés, desconociendo no solo lo que era el IRPH, sino también el EURIBOR. Afirmó que desconocían tales términos y conceptos, teniendo su hijo, a la fecha de la firma de la escritura, la edad de 21 años, siendo la primera vivienda que adquiriría, no teniendo experiencia, ni su hijo ni ella en el

sector financiero, al no haber suscrita con carácter previo hipoteca.

En términos semejantes declaró D. XXXXXXX, el cual reconoció la existencia de tres reuniones previas con la entidad, a la firma de la escritura, acto este último al que su mujer y el no acudieron.

La primera reunión estaba dirigida a recibir información sobre lo que necesitaba su hijo para que le fuera concedido el préstamo, en la segunda y en la tercera, les explicaron que a más años de hipoteca, le saldría más bajo, y a menos, más alto. No se les ofreció la posibilidad de elegir entre el IRPH y el EURIBOR, ni les hicieron un simulacro del funcionamiento del tipo de referencia. Negó que a su hijo se le hiciera entrega de oferta vinculante ni folleto informativo.

Lo anterior a preguntas del letrado del demandante, a preguntas del letrado de la parte demandada, las respuestas dadas por el testigo fueron más dubitativas, no acordándose exactamente del contenido de la conversación, terminando por afirmar que en la última de las reuniones se les explicó como saldría al mes el préstamo concedido.

Entrando en la documental aportada por la parte demandada, **el documento 2 de la contestación a la demanda** contiene la "SOLICITUD DE ESTUDIO DE OFERTA HIPOTECARIA INTEGRAL", en la misma se hace constar que el importe de la compraventa ascendía a 90.000 euros, con una aportación de fondos propios de 18000 euros, siendo la finalidad de la operación la compra de vivienda habitual. El importe del préstamo solicitado ascendía a 72.000 euros, siendo el índice de referencia IRH, con un diferencial de 0,40, con un plazo de amortización de 30 años, con un tipo de interés inicial de 3,95.

Para completar el análisis de la prueba practicada, la parte actora aportó como **documento 5**, la reclamación formulada a la



entidad, fechada el 22 de enero de 2015, así como documento 6, la respuesta dada por Banco Santander a su requerimiento, y reclamación. En este documento se hace constar que en relación a solicitud de la oferta vinculante, la entidad no había localizado la documentación solicitada

A la vista de la prueba practicada, las CONCLUSIONES son las siguientes:

1º.- Corresponde a la parte demandada, entidad bancaria, la carga de probar que la cláusula no estaba pre-redactada, ni estaba destinada a ser incluida en una pluralidad de contratos, así como que dicha cláusula no es una imposición por parte de la entidad, pudiendo el demandante influir en la supresión de su contenido. En suma, corresponde a la parte demandada la prueba de que en el caso concreto, se negoció entre las partes la inclusión del IRPH como índice de referencia.

La respuesta a tal interrogante debe ser en este caso negativa, tenemos el documento de oferta aportado por la demandada como documento 2, donde por parte de la entidad se diseña las condiciones del préstamo, sin que de las testificales practicadas, y del interrogatorio del actor se pueda deducir, y mucho menos probar que se les diera la oportunidad de influir en las mismas. No tenemos testimonio alguno del personal de la entidad que pueda o permita rebatir los argumentos dados por el actor, así como las testificales propuestas por el mismo sobre tal extremo

2.- La segunda cuestión que se cierne en el procedimiento es si el IRPH es un índice manipulable, en manos de las propias entidades. Se aporta a los autos un informe emitido, no al objeto del presente procedimiento, sino en el marco de otro distinto, en que no son parte los intervinientes en el presente.

Respetando el criterio que se sostiene y que conforma el contenido del citado informe, algo que no es posible obviar es el carácter de índice de referencia oficial del IRPH, publicado por el Banco de España en el BOE, sujeto a disposiciones normativas, las Circulares 8/1990 y 5/2012, que exceden del poder de maniobra de la entidad, ya que su consideración como índice de referencia está sometido a los correspondientes organismos de regulación

Ese aspecto planteado por la parte actora no procede ser aceptado.

3.- Aspecto relevante es el relativo a, si la cláusula pasa el cumplimiento de los parámetros de transparencia, en el sentido de desentrañar, a través de la prueba practicada, si el actor fue informado al cliente, no solo sobre las condiciones del préstamo, sino también de manera pormenorizada, y de manera que le fuera comprensible, sobre la inclusión del IRPH como índice de referencia para la determinación del interés variable que iba a regir la operación, en qué consiste este, la existencia de otros índices de referencia aplicables, la repercusión económica derivada de la aplicación de uno u otro índice, de manera que al amparo de tales datos convenir las condiciones particulares del contrato. Cabe incluir en este apartado, una de las características que define el concepto de cláusula abusiva, que no es otro que determinar si el actor, de tener a su disposición toda esa información, hubiera optado por contratar, y si lo hubiera hecho en esas condiciones, siempre en el marco de una negociación individual.

En este apartado no cabe negar que el actor tuvo conocimiento de las condiciones del contrato, de conformidad con lo que aparece reseñado en la solicitud de la oferta, aportado como documento 2 de la contestación, en la misma se hace constar que el importe de la compraventa ascendía a 90.000 euros, con una



aportación de fondos propios de 18000 euros, siendo la finalidad de la operación la compra de vivienda habitual. El importe del préstamo solicitado ascendía a 72.000 euros, siendo el índice de referencia IRH, con un diferencial de 0,40, con un plazo de amortización de 30 años, con un tipo de interés inicial de 3,95.

De las declaraciones prestadas por los padres del actor se confirma que las conversaciones con la entidad discurrieron en tres entrevistas, cada una de ellas con un objeto determinado. Sobre ese punto no cabe predicar desconocimiento en relación a tales datos por el actor, igualmente en cuanto a la aplicación como índice de referencia el IRPH aparece perfectamente definido su concepto en el propio texto de la escritura.

No obstante, no podemos detenernos ahí, sino es preciso profundizar sobre si tal información permitió al actor tener un conocimiento amplio y claro sobre lo que estaba contratando, y el impacto o repercusión económica que la aplicación de ese índice pudiera tener en la vida del préstamo hipotecario concertado.

La respuesta a esa pregunta debe ser negativa, no hay que olvidar que el actor, tal como quedo patente en su interrogatorio, y en las declaraciones de sus padres, como testigos, era la primera vez que suscribía una hipoteca, careciendo de experiencia en la materia, y un total desconocimiento de un sector, como el bancario. De nada sirve el que se ponga sobre la mesa de la negociación un determinado instrumento, en este caso un índice de referencia, que el mismo sea oficial, porque resulta publicado en el BOE, cuando por parte de la entidad a la hora de exponer las características del préstamo no se profundiza, dando una explicación razonable sobre su contenido, y especialmente su alcance, brindando al actor la posibilidad de que por medio de datos sobre la



evolución de dicho índice, y la comparativa sobre otros igualmente oficiales, el actor pudiera haber comprendido y dispuesto la conveniencia o no de suscripción del contrato, en los términos en que fue contratado. Es evidente que en virtud de las tablas de evolución de los tipos de referencia oficiales reconocidos, aportados por el actor con su documental, la aplicación del tipo convenido en la escritura va en detrimento de los intereses económicos del actor.

La consecuencia de todo lo anterior es la declaración de nulidad por abusiva la cláusula descrita, como condición general de la contratación, con las consecuencias legales que aparecen previstas en los artículos 8, 9 y 10 LCGC, lo cual no comporta la ineficacia del contrato, ya que el mismo puede subsistir sin la citada cláusula, y nos lleva a evaluar la posible integración del contrato, tal como previene el apartado 2 del artículo 10.

Ese precepto hace una remisión a lo contenido en el artículo 1258 cc, el cual dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Esa conformidad con la ley nos lleva a lo recogido en la Disposición adicional Decimoquinta de la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, donde se recoge que “Desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejó de publicar los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.



IRPH Bancos b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. IRPH Cajas

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. CECA.

Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

En el caso de que no exista un tipo sustitutivo en el contrato, o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.”

Es evidente la inaplicación de ese tipo supletorio, a la vista de las pretensiones deducidas en el procedimiento, de ahí que no proceda la integración, y resulte inaplicable la cláusula, en lo referente al tipo integrador que aparece recogido en la misma.

No procede el contrario la nulidad, con los efectos previstos en el artículo 1303 CC, con las restitución recíproca de las prestaciones, porque como ya se ha recogido no se ha procedido



a la declaración de la nulidad del contrato, por la concurrencia de vicios del consentimiento, sino la nulidad de una cláusula contractual, por no cumplir la entidad los deberes de información y transparencia exigidos.

Todo lo anterior, nos lleva a la estimación de la demanda, con:

1º.- la declaración de la nulidad de la cláusula, con su consiguiente eliminación como índice de referencia para el cálculo de los intereses variables en el préstamo, 2º.- y la obligación, a modo de condena de la demandada de: - recalcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado

- abonar al actor las cantidades resultantes del cobro de los intereses cobrados en función de la misma, con los intereses legales de dichas sumas, desde sus respectivos abonos, esta última pretensión de conformidad con los artículos 1100, 1101 y 1108 CC **CUARTO.- Costas.**

Estimada la demanda, procede en aplicación del artículo 394.1 LEC, la condena en costas a la parte demandada.

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales, D. XXXXXXXXXXXXXXXX, en nombre y representación de D. XXXXXXXXXXXXXXXX, contra como demandado BANCO SANTNADER S.A

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula TERCERA BIS del préstamo hipotecario, con su consiguiente eliminación como índice de referencia para el cálculo de los intereses variables en el préstamo del IRPH contenido en la misma, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a:

- recalcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado

- abonar al actor las cantidades resultantes del cobro de los intereses cobrados en función de la misma, con los



intereses legales de dichas sumas, desde sus respectivos abonos.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada a las costas del procedimiento.

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

Así lo acuerda, manda y firma, D^a YOANNA MARÍA SÁNCHEZ MERINO, Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o13 de Palma de Mallorca.