

Abogado

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN TERCERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10-3ª planta - C.P./PK:48001

Tel.:94-4016664
Fax / Faxe:94-4016992

NIG PV / IZO EAE:48.02.2-16/000744
NIG CGPJ / IZO BJKN :48013.42.1-2016/0000744

A.p.ordinario L2 /E_A.p.ordinario L2486/2016

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera
Instancia nº 4 de Barakaldo/ Barakaldoko Lehen Auzialdiko 4
zk.ko Epaitegia
Autos de Procedimiento ordinario 83/2016 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea:

Procurador/a/ Prokuradorea: CARLA FUENTE RUEDA
Abogado/a / Abokatua: JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE
Recurrido/a / Errekurritua: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.
Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON
Abogado/a/ Abokatua: CARLOS ARANGUREN ECHEVARRIA

SENTENCIA Nº47/2016

ILMAS. SRAS.

D^a. MARIA CONCEPCION MARCO CACHO

D^a. ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ

D^a. CARMEN KELLER ECHEVARRIA

En BILBAO (BIZKAIA), a ocho de febrero de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de Procedimiento Ordinario 83/16 procedente del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Barakaldo y seguido entre partes: Como apelante: representado por la Procuradora Sra. Fuente Rueda y dirigido por el Letrado Sr. Viaña de la Fuente; y como apelado: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador Sr. Ors Simón y dirigido por el Letrado Sr. Aranguren Echevarría.

Javier Viaña

Abogado

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos, en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada, en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 28 de Septiembre de 2016 es del tenor literal siguiente: "**FALLO**: Se estima la parcialmente demanda interpuesta por D. contra Banco Popular Español S.A. y:

1.- Se declara la nulidad de la cláusula de limitación mínima de variación del tipo de interés, que la cuota a satisfacer sea calculada conforme al índice de referencia pactado y con el margen diferencial pactado vigente a la fecha, y se condene a la entidad demandada al reintegro a la parte actora de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses legales.

2.- No hay condena en costas."

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de , se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 486/16 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 10 de Enero de 2017 se señaló el día 7 de Febrero de 2017 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CARMEN KELLER ECHEVARRIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como objeto del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia se esgrime por la parte recurrente la cuestión relativa al índice aplicable al contrato de préstamo, ya que la sentencia de

Abogado

instancia tras reconocer una introducción de la jurisprudencia mantiene que "Analizada la documental y prueba practicada en el acto del juicio, puede concluirse que el actor recibió la opción de someterse a uno u otro tipo de referencia, optando por el que creía mejor, incluyendo la escritura las condiciones necesarias para superar el control de transparencia.", lo que estima la parte no se acredita en el procedimiento, ya que la única prueba que permite mantener tal afirmación es la testifical de la empleada del Banco, pero no existe prueba alguna que acredite que el actor recibió la opción de someterse a uno u otro índice. En base a dicha testifical se alega así mismo que la misma acredita que la oferta vinculante es dispar a la escritura pública finalmente formalizada, haciendo en tal sentido la parte apelante referencia al doc. nº3 de la contestación, Oferta Vinculante, conforme a la cual a diferencia de la escritura de préstamo se recoge que el índice de referencia (hipotecaria) será el pactado por las partes en hoja anexa, hoja anexa inexistente, para seguir diciendo "el tipo de interés sustitutorio" será el IRPH.

Se hace referencia a las condiciones de la operación y a la falta de transparencia prevista por el legislador en cuanto a las condiciones que se van a otorgar en la oferta vinculante que exige al banco que las condiciones de la oferta vinculante sean las que consten en el préstamo (art.5 OM de 5 de mayo de 1994, y la Ley 26/1988 de 29 de julio de disciplina e intervención de las entidades de crédito, así como la Ley 2/2011 de 4 de marzo).

A todo ello suma la parte apelante la confusa redacción del préstamo hipotecario a través de dos escrituras en las cuales en un primer lugar se adjudica una VPO con subrogación total en las condiciones del Convenio de Colaboración con el Gobierno Vasco, para pasar en una siguiente a modificar lo sustancial de tales condiciones, como lo es el tipo de interés así como la introducción de la cláusula suelo, siendo contrario con el RD 515/1989 así como con la Ley 2 de 1994 de 30 de marzo sobre modificación de préstamos hipotecarios, ya que el art. 2 de dicha Ley establece los requisitos para la subrogación, volviendo a regular la oferta vinculante como elemento contractual del préstamo hipotecario, no pudiendo resultar la subrogación practicada de peor condición que las contenidas en la oferta vinculante.

Por todo ello solicita la estimación del recurso.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO.- Tras el examen de los motivos de apelación

Abogado

y de oposición al recurso y del conjunto de las actuaciones, con la prueba obrante en las mismas, lo primero que llama la atención, es que en la sentencia de instancia, se declare la nulidad de la cláusula suelo en base a sostener que "No existe información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del contrato. Aparece recogida como un subapartado más dentro de la cláusula 1.4, sin que de su redacción se desprenda el esencial carácter que para el desenvolvimiento del contrato pudiera tener. Por otro lado, al aparecer como un subapartado dentro de la cláusula que define la revisión del interés, la cual a su vez va precedida de la cláusula que analiza la modificación del tipo de interés, la cláusula analizada se integra sin diferenciación alguna dentro de las estipulaciones que se realizan para determinar el tipo de interés, lo cual resta atención al consumidor con respecto a su existencia y trascendencia.

No existen simulaciones de escenarios relativos al posible comportamiento de los tipos de interés en el momento de realizar la contratación acreditados, ni existe información comprensible y clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad en caso de existir. En la declaración realizada por la testigo D^a. Amelia Alonso, refiere que se dieron dos alternativas, 85% o Euribor más 0,60, y las dos opciones llevaban cláusula suelo.

Además, la oferta vinculante firmada aportada con la contestación a la demanda, si bien fija un mínimo de interés de 2,85, no se incorpora a la escritura ni coincide con lo recogido en ella en cuanto al interés de referencia. La falta de transparencia en el caso de la cláusula suelo se produce porque la introducción de una limitación a la variación del tipo de interés, introduce una tan importante modificación en el objeto del contrato, que debe reflejarse de forma que no deje lugar a dudas que esto es lo que se contrató. Se recoge al final de datos en orden a la variación, no destacándose al inicio del examen de tipos, ni dándose la importancia o trascendencia que pudiera tener en el devenir del préstamo.", y pese a ello respecto del índice de referencia se mantenga que "Analizada la documental y prueba practicada en el acto del juicio, puede concluirse que el actor recibió la opción de someterse a uno u otro tipo de referencia, optando por el que creía mejor, incluyendo la escritura las condiciones necesarias para superar el control de transparencia.", y ello por cuanto que de la prueba aportada a las actuaciones y en concreto del testimonio del actor y de la empleada del banco, se acredita que si bien el actor no recuerda si se le dio la opción de coger uno u otro índice, pero en todo caso su opción era coger lo más barato, la empleada del

Abogado

banco sostuvo que de modo general y no solo en este caso, se informaba a los clientes sobre las alternativas de financiación que se daban en ese momento, optando el cliente bien por el 85% o euribor más 0,60 o 0,50 según el porcentaje de financiación que se solicitase, y que se advertía de la cláusula suelo, que las dos opciones de financiación ya referidas, Euribor o del 85% llevaban la cláusula suelo, que eso se explicaba indicando como a la fecha de revisión en función de ese índice más el diferencial o el porcentaje sobre el bpt, si ese resultado estaba por debajo de la cláusula suelo se les aplicaría la cláusula suelo. A la vista de las declaraciones de la propia empleada de la entidad, y corroborado con la prueba documental aportada a las actuaciones, es evidente que resulta incongruente en este caso mantener una autonomía entre las dos cláusulas, la relativa a la cláusula suelo que viene recogida en las condiciones que ya hemos expresado en términos de la propia resolución de instancia y la cláusula 1.4 (modificación de tipo de interés), párrafos 3º y 4º.

Pero es que en todo caso no se comparte que con dicha testifical se dé por cumplido el control de transparencia, no existiendo prueba objetiva que acredite, que la información facilitada y en el caso concreto, por cuanto la empleada hace referencia a la generalidad de los clientes, y en cuanto al actor se limita a reseñar que venía acompañado de su hermana y que como con otros clientes hubo varias reuniones, fuese realmente explicada en términos de que el cliente, en este caso el actor, llegase a conocer y comprender la repercusión económica que dichas explicaciones que mantiene la empleada se dieron suponían para él en la vida del contrato. No se aportan simulaciones ni dato documental objetivo alguno que avale tales explicaciones en términos reales y de comprensión para el cliente, previas a su aceptación en la suscripción. Si bien se da la opción de elegir entre uno y otro índice, lo cierto es que no se acompaña prueba que acredite se informase de la diferencia y repercusión entre optar entre uno y otro, pero es que en el caso en concreto sí o sí, a la fecha de revisión en función de ese índice más el diferencial o el porcentaje sobre el bpt, si ese resultado estaba por debajo de la cláusula suelo se les aplicaría la cláusula suelo.

A mayor abundamiento si se procede a una atenta lectura de los documentos aportados con la contestación a la demanda, se observa que aun cuando en la escritura de adjudicación de la vivienda y subrogación de la hipoteca se está manteniendo que el cliente se subroga en los mismos términos que la parte deudora principal, y se constata que la parte prestataria declara conocer y aceptar en todos sus

Abogado

extremos la escritura de préstamo e hipoteca descrita así como la escritura de novación que se cita, lo que se da por mera cláusula de estilo como cierto, no existe prueba alguna que acredite que el prestatario tuviese correcto conocimiento por debida información de ello, pero en todo caso lo cierto, y realmente relevante, es que se procede a modificar lo sustancial de tales condiciones, como lo es el tipo de interés así como la introducción de la cláusula suelo, que como bien reconoce la sentencia de instancia la oferta vinculante firmada aportada con la contestación a la demanda, si bien fija un mínimo de interés de 2,85, no se incorpora a la escritura ni coincide con lo recogido en ella en cuanto al interés de referencia.

Por tanto no se puede mantener como, mantiene la sentencia recurrida, y opone la parte apelada que la cláusula analizada supere el control de transparencia, por insertarse en un contrato firmado por el prestatario, por haber optado por su aplicación, al fallar la base de tal afirmación, cual es la no acreditación del cumplimiento de la debida información al actor de sus verdaderas repercusiones económicas en la vida del contrato, sin que ello quede solventado porque el actor pudo analizar otras ofertas de otras entidades bancarias y tuvo la facultad de optar entre la aplicación de un índice u otro, porque aun cuando se afirme que ello fue objeto de negociación, lo cierto es que lo único que se ha acreditado, son las explicaciones que recoge la empleada del banco, lo cual sin perjuicio de que no conlleven per se que se acredite una real negociación entre partes respetando el elemental equilibrio entre los mismos, ni siquiera acreditan que reúnan las características de una verdadera información para con el actor en el caso concreto.

TERCERO.- A mayor abundamiento traer a colación a los efectos de resolución del motivo del recurso la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 30/09/16 conforme a la cual: "IRPH. El índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013. Tal y como describe el informe del Banco de España solicitado, a modo de introducción: El banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno del os otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades.

Abogado

Antes de esto los IRPH y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

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

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

Por tanto, el IRPH -Entidades y Cajas- se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

El informe del Banco de España aportado como documento nº 2 de la demanda, viene a confirmar (i) que a la hora de elaborar el índice a partir de los datos recibidos de los Bancos y Cajas, todas las entidades, pequeñas o grandes, tienen el mismo peso específico independientemente del volumen de préstamos concedidos; (ii) que si en un mes una de las cajas, incrementa el tipo de interés al que concede los préstamos ello tiene una incidencia directa en el IRPH; (iii) que igualmente la

Abogado

tienen las comisiones y demás gastos que el cliente estuviera obligado a pagar a las cajas y bancos como contraprestación por el crédito recibido, de forma que tanto si estos se incrementan como si se reducen, ello repercute directamente en el índice; (iv) y que para el cálculo no se desprecian los valores más alejados de la tónica general del mercado tanto al alza como a la baja.

Sin embargo, la AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: "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 (¿) 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 ".

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

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

La segunda : "No cabe admitir los razonamientos de la

Abogado

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 la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; 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".

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. En la medida en que se trata de datos públicos puede afirmarse que: En julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 % . Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el IRPH Entidades se encontraba al 2,819%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078 % . Imposibilidad de realizar un control de abusividad del tipo de interés remuneratorio, pero sí aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y sometimiento de la cláusula al doble control de

Javier Viaña

Abogado

transparencia en el ámbito de la contratación con consumidores.

Debe distinguirse pese a lo dicho la posibilidad de someter a control de transparencia las cláusulas impugnadas, del control de abusividad.

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

Sobre si es o no la cláusula que determina el interés remuneratorio a aplicar en el contrato de préstamo elemento esencial del contrato y sobre la posibilidad de someter o no a control de abusividad una cláusula que defina el objeto principal del contrato, concluye la Sentencia de la AP de Álava de 10.03.2016 : "en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato por tanto, no cabe el control del precio, sólo podemos analizar el control de transparencia que comprende el control de inclusión , la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significaba".

En relación a la primera cuestión, tras citar los párrafos 188, 189 y 190 de la STS, entiende que si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato, con más razón lo será la cláusula que define el interés remuneratorio. Y en relación a la segunda, tras citar la STJUE de 03.06.2010 y del TS de 18.06.2018, señala:

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

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado con este motivo de recurso, transcribimos todos sus párrafos para que no haya dudas:

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

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" , y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto

Abogado

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

Abogado

sentencia 4067/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

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

B) Aunque conforme a lo argumentado por la AP de Álava no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia ¿doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores. Siendo esto aceptado por el tribunal inmediato superior, es en lo que se va a basar esta sentencia.

a)- En primer lugar suele decirse por las entidades financieras que la cláusula que establece el tipo de referencia no tiene naturaleza de condición general de la contratación, ni puede ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación .

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

Se basa el argumento defensivo en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice IRPH así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho

Abogado

organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA/2899/2011 y Circular 5/12). Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice IRPH Entidades un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado en el Fundamento anterior, en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia IRPH, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule el mecanismo y forma de cálculo del IRPH y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo del demandante obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define por el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna.

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

b)- Tampoco es admisible que no sea aplicable la LCGC por cuanto, pese a ser cláusulas redactadas y predispuestas por el empresario prestamista, hayan sido objeto de negociación y no sean cláusulas impuestas.

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

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

Abogado

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

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

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

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

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

En la escritura pública de préstamo hipotecario se advierte de que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada y de la existencia de

Abogado

condiciones generales de la contratación. La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Aporta la demandada una serie de documentación, parte de ella firmada por los demandantes y que será objeto de más detallado análisis al tratar el control de transparencia, pero en lo que en este apartado interesa, debe señalarse que bajo ningún concepto de la misma puede deducirse que los clientes estuvieran en condiciones de negociar las concretas cláusulas que son aquí impugnadas ¿el tipo de referencia a aplicar, los días del año a considerar en la fórmula de cálculo y el tipo de interés de demora-. Lo que hay es un documento de solicitud de préstamo de los clientes (doc. 2) y a continuación documentos emitidos por el banco que reflejan las condiciones del préstamo. Nada más. Préstamo que los clientes aceptaron en las condiciones que le fueron ofertadas ¿o impuestas- por la entidad financiera. No hay nada en la documentación aportada que indique que el cliente y la entidad financiera tuvieran algún tipo de negociación; oferta, contraoferta o petición del consumidor, consulta al departamento competente de la entidad, respuesta aceptando o rechazando las condiciones propuestas por el consumidor, correos electrónicos, intercambio de correspondencia en una efectiva negociación. Por tanto, al margen del análisis de la transparencia no puede cuestionarse que las concretas cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, predispuestas e impuestas en una oferta que el cliente se limita a aceptar.

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

Control de transparencia.

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014, que ya adelantaba en S. de 09.05.2013 y ha reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015, de 29.04.2015 y de 23.12.2015:

"6 . Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo

Abogado

80.1 a TR- IGDU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento, de acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino

Abogado

que requiere de un propio juicio interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

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

Abogado

patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

La S.AP Álava de 10.03.2016 , recuerda en relación al doble control de transparencia, lo dispuesto por el TS en S. de 09.05.2013 , parágrafos 210 y ss:

"el artículo 80.1 TRLCU dispone que "en 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.

Abogado

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".

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

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

Por otra parte, la STS de 8 de septiembre de 2014 en relación a este tema (FJ 2º, apartado 9) dice: "no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo (sujeción a un interés mínimo) desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de estudio, en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula mas amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del "interés variable" del préstamo"

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

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

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

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente

Javier Viaña

Abogado

previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

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

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

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

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

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren 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."

Como dice la S. de la AP Álava antes citada "es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial". Y "corresponde a Kutxabank acreditar que

Abogado

explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas que el índice IRPH no fue la única propuesta y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir".

En conclusión, no puede estimarse superado el control de transparencia, pues si bien podría justificarse la superación del control de inclusión con la documental aportada en ningún caso de la misma puede inferirse que la entidad demandada proporcionara información clara, comprensible y detallada sobre el tipo de referencia (principal y sustitutivos) a aplicar en el préstamo, como tampoco obviamente de los días a considerar en su cálculo. Por ello, debe declararse la nulidad de la cláusula tercera bis en cuanto que referencia el préstamo a IRPH cajas e IRPH entidades."

Así como la sentencia de fecha 20/10/16 de dicha Audiencia Provincial, la cual fundamenta en los siguientes términos: "PRIMERO.- Pretende, la parte apelante, que se declare expresamente la validez de los apartados 1) y 2) de la cláusula 3ª bis de la escritura del préstamo hipotecario de los demandantes. SEGUNDO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que por la parte apelante se sostiene, en primer lugar, el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario y su consecuente exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998. de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Pues bien, ya hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 , y 29 junio 2016, rec. 334/2016 , entre otras, que:

"El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2.013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

Abogado

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

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

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

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

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

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

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): "De lo

Abogado

hasta ahora expuesto debe concluir que:

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

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

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

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

En relación a este extremo, la STS de 18 de junio de 2.012 indica: " El <<carácter negociado de las cláusulas>>, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 , así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de

Abogado

interpretación (artículo 10.1 de la 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, casi 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 ".

Y, consideramos que nos encontramos ante cláusulas predispuestas e impuestas, y por consiguiente, ante condiciones generales, pues son semejantes a las que la ahora parte apelante utiliza en otros contratos como los recogidos en las sentencias: SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016 y 30 junio 2016, rec. 343/2016), y si bien se mantiene, en el recurso de apelación, el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario, a la ahora parte apelante le correspondía acreditar tal negociación pues según el artículo 10.1 de la

Abogado

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, en su redacción aplicable al presente caso: el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba, no pudiendo, por ello, ampararse en que es una presunción natural, resultado del conocimiento humano normal, que esas condiciones se negocian, y no consideramos que la haya demostrado, pues tal negociación no se desprende de que en la escritura se haga constar por el notario que, a su juicio, no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo, entregadas a la parte prestataria, y las cláusulas financieras de esta escritura, ni de que en la, según la ahora parte apelante, oferta vinculante, se haga constar: interés de referencia: IRPH total entidades (TAE), no siendo, tampoco, prueba suficiente al respecto que los demandantes hayan tenido varios préstamos con condiciones diferentes, con tipos de interés diferentes (a tipo fijo y a tipo variable), y no puede desconocerse que, por contra, en la comunicación a la que, según la ahora parte apelante, se acompañó la oferta vinculante, se recoge que si la operación no se formaliza en el plazo de un mes, esta Caja entenderá que no le interesa, o bien, podrá modificar las condiciones ahora señaladas por las que entonces tenga establecidas para esta clase de operaciones.

TERCERO.- Aduce, también, la parte apelante, la imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato.

A este respecto, procede dejar constancia de que en la sentencia del Tribunal Supremo nº 628/15, de 25 de noviembre, se dice que:

"-Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable-".

Javier Viaña

Abogado

Pues bien, sobre la transparencia, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se argumenta que:

"-2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

2.2. Conclusiones.

202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 , garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC-.

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

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

Abogado

general del Código Civil de "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-

2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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

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

Y, en la posterior sentencia de 29 de abril de 2015, que:

"..3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la

Abogado

Directiva 93/13/CEE y ha sido 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 ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « 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 ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de

Abogado

tal cláusula le supondrá

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo -".

Pues bien, partiendo de que los ahora apelados merecen la consideración de consumidores pues según el artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios : a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden, consideramos que no cabe concluir que la ahora recurrente suministrase la debida información (correspondiendo la carga de la prueba a la ahora apelante, respecto de la cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información) a los ahora apelados para que estos tuvieran un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juegan o podían jugar las cláusulas en cuestión en la economía del contrato, en concreto, sobre cómo se determinaban los tipos de referencia en cuestión, su evolución, las diferencias sobre ello con otros, entendiendo que ello produjo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación

Abogado

fiel del impacto económico que le suponía obtener la prestación objeto del contrato según contratase con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo (en esta misma línea, en la SAP Álava, Secc.1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, se argumentó que 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), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad, nos remitimos a lo argumentado al respecto en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, argumentos que, sustancialmente y por lo que se refieren a las consecuencias, compartimos (incluido, por tanto, el razonamiento por el que la Juzgadora de instancia sostiene que no cabe la integración del contrato), y dado que el Tribunal Supremo reiteradamente viene admitiendo la motivación por remisión (en este sentido, sentencias como las de 19 de octubre de 1999, 3 de febrero y 5 de marzo de 2000, 2 de noviembre y 29 de diciembre de 2001, 21 de enero de 2002 y 17 de junio de 2004). QUINTO.- Por todo lo expuesto, el recurso de apelación resulta desestimado. "

Tales resoluciones llevan a corroborar el criterio mantenido en la presente resolución que por los motivos expuestos llevan a la estimación del motivo del recurso.

CUARTO.- La sentencia de instancia recoge en su parte dispositiva lo siguiente: "Se declara la nulidad de la cláusula de limitación mínima de variación del tipo de interés, que la cuota a satisfacer sea calculada conforme al índice de referencia pactado y con el margen diferencial pactado vigente a la fecha, y se condene a la entidad demandada al reintegro a la parte actora de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula suelo desde la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, con los intereses legales.". A la vista de tal pronunciamiento la Sala ha de tomar en consideración la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, en tal sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 29/12/16, dicha resolución fundamenta que : "El problema de la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, con la consiguiente devolución de las

Abogado

cantidades individualmente percibidas, ha sido estudiado en la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las sentencias nº 241/2013, de 9 de mayo, y 139/2015 de 25 de marzo, texto el de esta última difundido el día 16 de abril de 2.015.

La primera de las sentencias citadas parte de la consagración de un principio que sí está recogido de forma reiterada por el Tribunal Supremo. En sus apartados 83 y 284 literalmente afirma que "la ineficacia de los contratos -o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste-, exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica quod nullum est nullum effectum producit (lo que es nulo no produce ningún efecto)-. Así lo dispone el artículo 1303 del Código Civil, a cuyo tenor "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

"Se trata, como afirma la STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009, " [...] De una propia restitutio in integrum, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la "condictio in debiti". Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente".

Quinto.- Partiendo de este principio general y de la posibilidad no obstante de limitar el mismo excepcionalmente y, fundamentalmente, por razones de seguridad jurídica, estudia seguidamente la irretroactividad de la sentencia en el caso concreto enjuiciado y con referencia específica a la denominada cláusula suelo. En el apartado 293, valora en 11 subapartados las circunstancias que concurren en el supuesto concreto que examina.

La peculiaridad de esta sentencia es que se dicta con ocasión de una acción de cesación de carácter general, que afecta por tanto a un número indeterminado de contratos. Ello implica que en la demanda inicial no se contenía ninguna petición de reembolso de cantidades, ni mucho menos se cuantificaban los perjuicios sufridos por los consumidores afectados cuyo número era por otra parte indeterminado, por lo que evidentemente, en estas circunstancias, una declaración genérica de los efectos retroactivos de la citada sentencia hubiera afectado claramente a la seguridad jurídica y al orden público económico en cuanto que no podía determinarse el alcance económico de la misma.

Concretamente el subapartado k) del apartado 293 contiene lo que a juicio de esta Sala es el fundamento de

Abogado

su decisión. Se señala en el mismo que "Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas".

Sexto.- Tal doctrina fue aclarada por la citada sentencia de 25 de marzo de 2.015, dictada también por el pleno, que en su parte dispositiva fija como doctrina la siguiente: "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2.014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013". Conforme a dicha sentencia las razones que se exponen en la sentencia de 9 de mayo de 2.013 para establecer la irretroactividad de la nulidad que declara de las cláusulas suelo, entre ellas la afección del orden público económico y la existencia de buena fe a la hora de incluir esas cláusulas en los contratos, no concurren sólo en el supuesto contemplado en esa sentencia, una acción de cesación en que no estaban identificados los prestatarios afectados y en la que no se había pedido por ninguna parte la restitución de cantidad alguna, ni era posible determinar esas cantidades, ino que también son extensibles a las acciones individuales directamente dirigidas a obtener la nulidad de una concreta cláusula suelo y en las que se pide la restitución de las cantidades indebidamente abonadas con base a la misma, por cuanto que no cabe tener en cuenta únicamente el proceso en que se pide el reintegro, en el que las cantidades pueden no ser importantes, sino el hecho de que se han promovido miles de procedimientos cuya suma es la que puede afectar al orden público económico.

Esta Sala hasta dicha sentencia había venido manteniendo la tesis de que la etroactividad sin límite era una consecuencia necesaria de la nulidad de cualquier cláusula abusiva y que no cabía apreciar una afectación del orden público económico por la eventual existencia de otros procedimientos, a la vista de lo incierto de sus resultados de cada uno de ellos, en sintonía por otra parte con el voto particular emitido por dos Magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo a la tesis mayoritaria de la sentencia de 25 de marzo de 2015. Sin embargo, a la vista la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y dado que conforme al artículo 1.6 del Código Civil la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que,

Abogado

de modo reiterado, esculpe al Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho, desde el momento en que se dio a conocer el texto íntegro de la sentencia estimó que debía cambiar el criterio mantenido hasta ese momento y ajustarse al sostenido por la citada doctrina jurisprudencial.

Posteriormente la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha declarado contraria al Derecho de la Unión la doctrina que establece el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, pudiendo citarse como principales argumentos los contenidos en los apartados 73, 74 y 75. Así se establece en los mismos "que una jurisprudencia nacional -como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013- relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60)".

"En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70)".

"De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha

Abogado

Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Al amparo de tal doctrina esta Sección considera que deja de ser vinculante la establecida anteriormente al respecto por el Tribunal Supremo y que debe retomar su postura inicial de no limitar la retroactividad de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva."

Todo lo cual es perfectamente aplicable al caso de autos. Así mismo estima este Tribunal que conforme a la STJUE de 26 de Enero de 2017(Caso Banco Primus, S.A.), se dan en el caso de autos los criterios para tomar en consideración, con arreglo al art.3, apartado 1, y al art.4, apartado 1, de la Directiva 93/13, para apreciar la abusividad de la cláusula denunciada, ya que como indica el TJUE, el examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Y estimando que la cláusula relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, no está redacta de manera clara y comprensible a efectos del art.4.2 de la Directiva, incidiendo en la abusividad en el sentido del art.3, apartado 1 de dicha Directiva. Y es que en tal sentido el TJUE, mantiene que en el marco de este examen, el órgano jurisdiccional deberá, en particular comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalente a los del contrato de préstamo considerado.

En base a todo ello se ha de estar en el fundamento siguiente a las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas conforme a la Doctrina del TJEU.

QUINTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas, cuales son la cláusula 1.4 (modificación de tipo de interés), párrafos 3º y 4º, así como el apartado b del párrafo 3º, en cuanto a los límites de la variación del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo suscrito entre las partes el 7 de abril de 2005, se ha de mantener que la declaración de nulidad

Javier Viaña

Abogado

comporta, que se condene a la entidad bancaria a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso hasta el momento y que sean calculadas en atención a la diferencia entre el 2,85% pagado desde el transcurso del primer año, y el Euribor más 0,60 puntos, así como a las que se hayan generado durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia, sobre la base de las sumas reales que se abonen durante dicho período conforme a la cláusula cuya vigencia se mantenía hasta la fecha de la presente parcialmente, y su diferencia con lo que se hubiera debido de cobrar sin la aplicación de las cláusulas cuya nulidad se declara, incluida la del suelo del 2,85% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,60 puntos.

SEXTO.- En cuanto a las costas no procede expresa declaración de las causadas en ambas instancias, arts. 394 y 398 LEC.

SEPTIMO.- La disposición adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de
contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia n° 4 de Barakaldo en autos de Procedimiento Ordinario 83/16 de fecha 28 de Septiembre de 2016, debemos revocar parcialmente dicha resolución declarando la nulidad de dichas cláusulas, cuales son la cláusula 1.4 (modificación de tipo de interés), párrafos 3° y 4°, así como el apartado b) del párrafo 3°, en cuanto a los límites de la variación del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo suscrito entre las partes el 7 de abril de 2005, con las consecuencias fijadas en el fundamento jurídico quinto de la presente resolución, todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

Javier Viaña

Abogado

Devuélvase a el depósito
constituido para recurrir, expidiéndose por la Letrada de
la Administración de Justicia del Juzgado de origen el
correspondiente mandamiento de devolución.

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

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

Para interponer los recursos será necesaria la
constitución de un depósito de 50 euros si se trata de
casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario
por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán
admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando
dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones
que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con
el número 4703 0000 00 048616. Caso de utilizar ambos
recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones
distintas de imposición, indicando en el campo concepto del
resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06
para el recurso de casación, y código 04 para el recurso
extraordinario por infracción procesal. La consignación
deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de
la LOPJ).

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

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los
autos originales al Juzgado de su procedencia, con
certificación literal de esta resolución, para su
conocimiento y ejecución.

Javier Viaña

Abogado

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá
certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos,
mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior
Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y
leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su
fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de
Justicia certifico.