



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

# XDO. PRIMEIRA INSTANCIAN. 4 OURENSE

SENTENCIA: 00120/2020

NUEVO EDIFICIO JUZGADOS (2ª PLANTA), RUA VELÁZQUEZ S/N. OURENSE.  
Teléfono: 988687098-988687097, Fax: 988687101  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: SR  
Modelo: N04390

N.I.G.: 32054 42 1 2017 0005685

**ORS ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000902 /2017**

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRL'O.FINAC.GARN'l'.INM>.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. a:--:..é"II" ?;-;:::!,.'@ .\*

Procurador/a Sr/a. 1-.. .... &i :;,"/ / / / /

Abogado/a Sr/a. ARTURO CASTRILLO ESCOBAR

DEMANDADO D/ña. ABANCA SA ABANCA SA

Procurador/a Sr/a. :-:c L.ecr /...t. Gr-;:; /

Abogado/a Sr/a. IARRI' DS L F.L- ,>

## SENTENCIA N° 120/2020

**JUEZ QUE LA DICTA:** EVA MARIA MARTINEZ GALLEGO.

**Lugar:** OURENSE.

**Fecha:** dieciséis de abril de dos mil veinte.

Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de 902/2017 seguidos ante este Juzgado entre partes, de un lado, como parte demandante, **DON MARTINS** que actúa en su nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma DOÑA [Nombre] representado por la Procuradora Sra. [Nombre] y asistido por Letrado contra **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA.** representada por la Procuradora [Nombre] y asistida por el Letrado ha dictado la siguiente sentencia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PLUMERO.- La Procuradora de los Tribunales, Doña Hó:cia: \_,:-: act: Ll:-:~:~:~:actuando en el nombre y representación acreditada presentó demanda de juicio ordinario frente a ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA por la que con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes terminaba suplicando que se dicte sentencia en los términos que señala.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada para personarse y contestar a la demanda interpuesta de contrario.

**TERCERO.-** Por Doña ~~Doña~~ Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la entidad bancaria presentó escrito contestando y allanándose parcialmente a la demanda en cuanto a lo relativo a la cláusula suelo y a la cláusula de redondeo al alza de intereses y contestando en oponiéndose en lo relativo al IRPH.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el escrito de contestación se citó a las partes para la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el 4 de junio de 2018 y a la que comparecieron todas las partes.

Fijados los hechos controvertidos y recibido el pleito a prueba, las partes propusieron como prueba, la parte actora documental y pericial, y la parte demandada documental.

Llegado el día de la vista, día 11 de febrero de 2019 y practicada la prueba propuesta, tras las oportunas conclusiones quedaron los presentes vistos para dictar sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales a excepción del plazo para dictar sentencia dada la carga de trabajo de este Juzgado que al tiempo conocía de las condiciones generales de la contratación en la que el prestatario era persona natural así como juzgado de Primera Instancia ordinario con competencia mercant<sub>il</sub> exclusiva de toda la provincia.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Cuantía del procedimiento.





Dicha excepción fue ya resuelta oralmente en el acto de la audiencia previa. No obstante, conviene ahondar en las razones que llevaron a determinar la cuantía del procedimiento como indeterminada.

En el caso de autos, la parte actora interesa la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, fijación de cláusula suelo-techo así como cláusula de redondeo al alza, así como la recuperación de las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de su aplicación. La acción rectora es pues la declarativa de nulidad, y la devolución de cantidades es consecuencia inherente a la nulidad pretendida.

La cuantía debe considerarse indeterminada por quedar comprendida en los supuestos del artículo 253.3 de la LEC en tanto que se ejercita acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, de las que deriva, como "**efecto ex lege**", determinadas "**consecuencias ineludibles de la invalidez**" (STS 102/2015 de 10 de marzo) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador.

El ejercicio de esta acción de nulidad dota al proceso de un objeto que no se limita a un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios. En los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de dicha nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen ex lege, sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesorio relativa a una cuantía determinada.

Se deja constancia de que dicha resolución no fue recurrida en reposición por la entidad demandada, siendo firme a la fecha.

**SEGUNDO.- Objeto del proceso.** Nos hallamos ante un procedimiento ordinario en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción individual de nulidad en al que se solicita expresamente:

"1. - Se declare la nulidad de las cláusulas tercera bis letras a) y b) del contrato de préstamo hipotecario suscrito **entre** las partes el 10 de mayo de 2001 que referencia el préstamo al IRPH y **como** índice sustitutivo el Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorros, para toda la vida de los préstamos una vez superado la primera fase de vigencia del préstamo.

2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas **en** concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Cajas o Tipo de referencia de las Cajas de Ahorros, durante el segundo periodo previsto **en** el contrato de fecha de emisión del informe pericial aportado asciende a 27.997'32 euros, más los intereses legales de los citados intereses desde el momento de su pago y percepción por la demandada.

3.- Subsidiariamente a la petición anterior, declare la nulidad de la cláusula suelo-techo que recoge **en** la cláusula tercera bis letra f) del préstamo hipotecario.

4.- Se condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas **en** concepto de interés remuneratorio calculado **con** aplicación de la cláusula suelo a que se refiere el punto anterior que, a fecha de emisión del informe pericial aportado asciende a 2.983'92 euros.

5.- A abonar los intereses de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro que hasta la fecha de emisión del informe pericial ascendieron a 876'40 euros.

6. - **En** todo caso se declare la nulidad de la cláusula de redondeo al alza que se recoge **en** la cláusula tercera bis letra g) del préstamo hipotecario.

Condene a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades cobradas **en** concepto de interés remuneratorio calculado con aplicación de la cláusula de redondeo a que se refiere el punto anterior que, a fecha de emisión del informe pericial aportado asciende a 830'40 euros.

7. - A Abonar los intereses de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro que hasta la fecha de emisión del informe pericial ascendieron a 250'16 euros.

8.- Condene a la demandada al pago de las costas procesales en este procedimiento".

Frente a (ello la entidad bancaria presentó escrito allanándose parcialmente a la demanda en cuanto a lo relativo



a la cláusula suelo y a la cláusula de redondeo al alza de intereses y contestando en oponiéndose en lo relativo al IRPH de conformidad con las alegaciones y fundamentos que señala.

**TERCERO. - Nulidad de la cláusula suelo-techo y cláusula de redondeo al alza. Consecuencias de la declaración de nulidad.**

**Al. l. anamamiento.** En el presente caso la parte demandada se ha allanado «parcialmente» a la demanda interpuesta de contrario. En concreto, se allana a la pretensión relativa a la nulidad de la cláusula suelo así como a la cláusula de redondeo al alza, ingresando en la cuenta del actor la cantidad de 3.955'68 euros, cantidad que señala la parte actora no se corresponde con ningún concepto, si bien demos entenderla como cantidad entrega a cuenta de la liquidación que en su caso proceda.

**CUARTO. -** Sentado lo anterior y estando al ejercicio de la acción principal que se ejercita, se solicita la nulidad de la cláusula Tercera bis letra a) y b) **relativa al IRPB.**

En concreto se expone que los actores concertaron préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual con la entidad bancaria en fecha 10 de mayo de 2001 {casa en estado ruinoso para su reconstrucción} y sin recibir la información previa suficiente por parte de la entidad bancaria le fijaron un tipo de interés variable {IRPH} con una cláusula suelo-techo no negociada individualmente ni consentida a través de una complejísima cláusula Tercera Bis envuelta en disposiciones que enmascaran el sentido de la limitación unilateral del préstamo, cuya minuta remite la entidad bancaria a la notaría sin ser advertidos los prestatarios.

De este modo, tras el primer año de tipo fijo del 5% anual, se establece un tipo de interés variable referido al índice IRPH incrementado en un 0'25% con una cláusula techo-suelo del 4'5%-10% y cláusula de redondeo al alza en más de ¼ de punto.

Es así que señalan que la cláusula no fue objeto de negociación individual, habiendo sido predispuesta por la entidad e impuesta al demandante. Que la entidad prestamista no informó a los prestatarios de la dimensión de la referida cláusula, ni entregó oferta vinculante. Que no se efectuó una



simulación previa sobre la evolución de este índice. Que la cláusula no está redactada de manera clara, transparente, concreta ni sencilla, sino que su redacción es oscura e incomprensible, por lo que el prestatario no tuvo oportunidad real de conocer su contenido al tiempo de la suscripción del préstamo hipotecario. Que se formuló reclamación extrajudicial en fecha 29 de marzo de 2017 pero el banco no atendió la petición (doc. 5).

La entidad demandada se opuso a las pretensiones articuladas de contrario en relación al IRPH. En primer término opone retraso desleal en el ejercicio de la acción al ejercitarla 16 años después de su constitución. Respecto del fondo del asunto, señala en su escrito de contestación que el IRPH es un índice legalmente previsto en el momento de la contratación y no abusivo porque se refiere a la definición del objeto principal de contrato y está redactado de forma clara y comprensible. Que la entidad bancaria no impuso a los prestatarios las condiciones del préstamo. Que no se puede hacer una extrapolación de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la STS de 9 de mayo de 2013. Que las condiciones financieras fueron negociadas y aceptadas. Que se suministró información por los empleados de la entidad y el contrato se formalizó en escritura pública. Que el IRPH aparece publicado en el BOE y en la web del Banco de España, es un índice de referencia objetivo, válido y legal, sin perjuicio de cómo evolucione comparado con otros índices. Que el actor conocía el tipo de interés aplicable y ha venido pagando los recibos de su hipoteca. Que la reclamación extrajudicial era relativa a la cláusula suelo y no al IRPH.

QUINTO.- Inaplicación de la teoría de los actos propios y de la teoría del retraso desleal. La parte demandada pretende oponerse a la pretensión de la actora amparándose en la teoría de los actos propios y en la teoría del retraso desleal. Argumenta la entidad demandada que la parte actora nunca mostró ningún tipo de disconformidad con el tipo de interés aplicado a su préstamo abonando todas y cada una de las cuotas, que no planteó ningún tipo de queja o reclamación durante 16 años.





En primer lugar, no se ha acreditado cuando la actora tuvo conocimiento real de las implicaciones de la cláusula o de su posible carácter abusivo. En segundo lugar, cabe decir la jurisprudencia no considera aplicable la teoría de los actos propios a los supuestos de vicios de consentimiento. En cualquier caso, tampoco se trata de un contrato anulable por tal vicio y por tanto susceptible de confirmación, sino de unas cláusulas que adolecen de nulidad absoluta y radical, no susceptible de subsanación ni de confirmación, por cuanto lo nulo no produce efecto alguno.

Pero es que además, tampoco se puede aducir la teoría de retraso desleal en el ejercicio del derecho al no darse los presupuestos de la misma, pues su aplicación requiere que exista una conducta que pueda valorarse claramente como permisiva o como de clara e inequívoca renuncia, de manera que objetivamente se hayan creado en la otra parte razones para entender que el derecho ya no iba ser ejercitado, sin que el mero transcurso del tiempo pueda equipararse a una renuncia clara e inequívoca.

Es por ello que tales excepciones aducidas por la entidad demandada han de ser desestimadas.

SEXTO.- La cláusula impugnada como condición general de la contratación. En primer lugar, se analizará si la cláusula a la que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, posee el carácter de condición general de la contratación y si fue impuesta por la entidad bancaria demandada. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva.

Sostiene la parte actora que la cláusula por la que se impone el tipo de interés variable con referencia al índice conjunto de entidades no ha sido objeto de negociación individual, habiendo sido predispuesta por la entidad demandada e impuesta al demandante. Que es una condición general de la contratación al cumplirse las circunstancias de predisposición, imposición y destino a una pluralidad de contratos. La demandada se opone por entender que en ningún momento la entidad bancaria impuso a los prestatarios las condiciones del préstamo, pues tras comparar y negociar, las partes convinieron los términos que figuran en la escritura.

El artículo 1, apartado 1, de la LCGC (en términos similares a los contenidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio) dispone 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 exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

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

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

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

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que *"la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*, y que *"[L]as condiciones generales de la*





*contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".*

*El citado artículo 1 de la LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes. En materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta útil lo dispuesto en la Directiva 93/13, artículo 3.2, a cuyo tenor 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 hayan 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.*

*La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 señala en su apartado 162 que "en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario", añadiendo en su apartado 164 que "Más aún, de hecho aunque no existiese nonna específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva".*

*Pues bien, las alegaciones vertidas por la parte demandada no son suficientes para llegar a la conclusión de que se haya negociado.*

*La calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido o no conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al artículo 7 de la LCGC), sino de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes y esté destinada a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.*



La naturaleza "impuesta" o "negociada" de una cláusula dependerá de si ha existido una transacción o convenio individualizado que permita al adherente influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido; o, si por el contrario, no ha tenido la oportunidad de tal negociación, bien porque ni siquiera se planteó como posibilidad, bien porque, habiéndose planteado, se rechazó de plano por el empresario, de tal forma que el adherente consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

Lo relevante, a los efectos que nos ocupa, es que se trate de una cláusula prerredactada e impuesta. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el adherente pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios.

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual.

En el supuesto de autos, no ha quedado acreditado mediante prueba alguna objetiva la negociación individual de dicha cláusula. Aunque en la escritura se hizo constar que no existe discrepancia entre la oferta vinculante y las cláusulas financieras, la misma no se ha aportado (por más que el Notario se refiere a ésta en su escritura), no pudiéndose, por tanto deducir de su contenido ni del de la escritura, que se hubiese producido una efectiva negociación que posibilitara a la parte demandante alterar el contenido de la cláusula o negociar su supresión.

Finalmente, cabe indicar, que cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta



ADMINISTRACIÓN  
DEXUS11ZA

activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar {sentencia 241/2013, de 9 de mayo, señala en su apartado 149).

A la vista de estas consideraciones, no hay duda de que la cláusula discutida no fue objeto de una negociación individualizada.

Por lo expuesto, debe partirse de que nos hallamos ante una cláusula prerredactada por el banco y no negociada, conclusión a la que nada obsta la intervención de notario. La realidad demuestra que los borradores de escritura son efectuados por las propias entidades financieras, sin intervención alguna de los clientes, quienes comparecen ante los fedatarios públicos para firmar lo que ya está redactado de antemano por la entidad bancaria, sin posibilidad alguna de discutir, ni menos aún modificar referidas cláusulas so pena de quedarse sin préstamo, y aunque se haya procedido a la lectura de las escrituras públicas por el Notario autorizante, tampoco debe olvidarse que cuentan con numerosos folios, lo que hace muy difícil en la práctica localizar por parte del adherente el contenido que va a ser relevante en la vida del préstamo, aunque fueran resaltadas en "negrita".

#### **SÉPTIM: >.- EL TIPO DE REFERENCIA IRPB**

**En relación a este punto no podemos sino que partir de la STS de fecha 14 de diciembre de 2017 que señala expresamente que,**

"1.- Respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios {IRPH} como tipo de referencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios {actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el contrato} habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda



libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

Y dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE.

En concreto, se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) 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 hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades).

El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de dicha transformación, el IRPH-Entidades, a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

2.- Posteriormente, la definición y forma de cálculo del IRPH-Entidades pasó a regularse en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, que ordenó, en su disposición transitoria única, que el IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos dejaran de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se



formalizasen después de su entrada en vigor (29 de abril de 2012). No obstante, la Orden permitió que, con carácter transitorio, tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos se siguieran publicando y considerando aptos, a todos los efectos, respecto de los préstamos a interés variable que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden, los vinieran ya utilizando para la revisión de su tipo de interés.

· **3.-** La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

**4.-** Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

**5.-** En particular, el art. 6 de la OM de 5 de mayo de 1994 establecía lo siguiente en sus apartados 2 y 3 respecto de los tipos de interés variable: «2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud

de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden.» A su vez, la cláusula 3 bis del anexo II de la Orden establecía:

«3. bis. Tipo de interés variable.

1. Definición del tipo de interés aplicable.-Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de: Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto. El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.»

A ello debemos añadir STJUE de fecha 3 de marzo de 2020 que es clara cuando responde a las cuestiones prejudiciales elevadas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, en el contexto de un litigio entre un consumidor y una entidad financiera en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio (IRPH) recogida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes cuando afirma que:

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 *[Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, [en los que] los Estados miembros o la [Unión Europea] son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva]* debe interpretarse en



el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) Los artículos 4, apartado 2 [*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*] y 8 [*Los Estados miembros podrán adoptar o mantener[,] en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección*] de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) Los artículos 4, apartado 2 [*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*] y 5 [*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. [..]*] de la Directiva 93/13 deben interpretarse en



el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1 [*«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»*], y 7, apartado 1 [*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*] de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.





ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

OCTAVO.- Control de abusividad de la cláusula impugnada. Declarada como condición general de la contratación procede examinar si la cláusula INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: ":INDICE CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito") es o no abusiva.

La parte actora considera que la cláusula es abusiva porque la entidad prestamista en ningún momento informó a los prestatarios de la dimensión de la referida cláusula, ni entregó oferta vinculante, ni efectuó una simulación previa con referencia a la evolución de este índice. Por otra parte, señala la parte actora que la redacción de la cláusula no es clara, ni transparente, ni concreta ni sencilla, sino que se trata de una redacción oscura e incomprensible, sin que el demandante haya tenido oportunidad real de conocer su contenido al tiempo de la suscripción del préstamo hipotecario. La entidad demandada, por su parte, se opone a la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula objeto de litis. Sostiene la entidad demandada que el IRPH es un índice legalmente previsto, que aparece publicado en el BOE y en la web del Banco de España, es un índice de referencia objetivo, válido y legal, sin perjuicio de cómo evolucione comparado con otros índices. Que no se puede hacer una extrapolación de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la STS de 9 de mayo de 2013. Que se suministró información por los empleados de la entidad y el contrato se formalizó en escritura pública; y que el actor conocía el tipo de interés aplicable y ha venido pagando los recibos de su hipoteca en los que se indica el interés a que se liquida el préstamo.

La calificación de una cláusula como condición general no determina su ilicitud, pero su validez está supeditada al cumplimiento de los requisitos de incorporación y de contenido, requisitos que varían según se trate de contratos suscritos entre empresarios y consumidores o entre empresarios. En relación a estos controles, la LCGC, de forma paralela a lo establecido en la Ley 26/1984 y en la Directiva 93/13/CEE, distingue entre un control de incorporación y un control de contenido.



La STS de 9 de mayo de 2013 estableció un control de incorporación a dos niveles: (i) el primero (test de incorporación), si la cláusula es clara en sí misma, valorando cómo se incorpora al contrato; (ii) y el segundo (test de transparencia), en relación al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula, y si sabía las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación.

En este caso, la cláusula **INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "INDICE CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito")**, al establecer el tipo de interés de referencia para calcular el interés variable, afecta al precio o retribución, esto es, a un elemento esencial del contrato por lo que no es posible someterla a control judicial de abusividad en cuanto a su contenido (desequilibrio de prestaciones). Por este motivo, el examen de la cláusula impugnada ha de detenerse en el control de transparencia en los dos niveles indicados: (i) incorporación, (ii) transparencia.

#### **TEST 1º DE INCORPORACIÓN**

El control de incorporación analiza si la cláusula puede o no incorporarse válidamente en el contrato y, se refiere a si la cláusula, en sí misma considerada, desde un punto de vista gramatical o literal, es o no clara, concreta y sencilla. Este control tiene su encaje legal en el artículo 5 de la LCGC (o en el artículo 10 de la Ley 26/1984) que establece los requisitos positivos (La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez) y en el artículo 7 de la LCGC que recoge los requisitos negativos cuando señala que *uNo 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 o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.* b) *Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se*



ADMINISTRACION  
DE JUSTITZA

*ajusten a la nonnativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*" Este control de incorporación o inclusión afecta a todo tipo de contratos con condiciones generales, tanto a aquellos en los que intervengan consumidores y empresarios como a aquellos en que intervengan únicamente empresarios.

En este punto debemos volver a la STS de fecha 14 de diciembre de 2017 que a estos efectos reitera que la desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

Es así que de acuerdo con ello y con el Fundamento de Jurídico Decimoprimer de la STS de fecha 9 de mayo de 2013, se vincula al proceso reglamentado para la concesión de hipotecas para la adquisición de viviendas en la normativa sectorial, particularmente la OM de 5 de mayo de 1994. Cumplidas sus exigencias, dice el TS, se **garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de detenninación de los intereses** (..). No debemos sin embargo concluir que la inobservancia de alguno de esos requisitos en un caso particular conduzca necesariamente a la conclusión de una defectuosa incorporación de la condición general al contrato, pues lo que el artículo 7 de la Ley excluye son las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si la firma es necesaria en los términos del artículo 5, y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito

la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Finalmente, el control de contenido afecta al significado de cada estipulación contractual. No obstante, el control de contenido (falta de reciprocidad de prestaciones) no puede afectar a las condiciones referidas al precio o retribución, esto es, a un elemento esencial del contrato, y desde la perspectiva del análisis de abusividad, sólo es aplicable a contratos celebrados con consumidores.

Pues bien, pese a que en la escritura figura **"a) Que no existe discrepancia entre la oferta vinculante efectuada a la parte prestataria por la Entidad acreedora y las cláusulas financieras contenidas en esta escritura"**, no consta que la entidad hubiera emitido y entregado dicha oferta vinculante a los prestatarios. No obstante, la cláusula en sí misma considerada, leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, es clara y comprensible, pues concreta el tipo de interés nominal que se utilizará como referencia, que es un índice oficial.

Pese a lo señalado es cierto que el TS en la referida sentencia de 14 de diciembre de 2017 estima su inclusión como válida siempre que se cumplan esos mínimos requisitos de claridad a nuestro juicio aquí no se cumplen pero quizás puedan estimarse salvados por constar en una escritura pública firmada ante un fedatario público, por lo que debe analizarse para estimar su validez o no a los efectos aquí pretendidos si cumple o no el segundo control en este caso en los términos que señala STJUE de fecha 3 de marzo de 2020.

#### **TEST DE TRANSPARENCIA**

En este caso se trata de determinar si, resultando el texto claro y comprensible que no nos parece tal, si la cláusula se introdujo en el contrato de forma sorpresiva, sin información suficiente sobre su relevancia, o, si por el contrario, la estipulación no pasaba desapercibida y el actor conocía el tipo de referencia predispuesto.

La SAP-A Coruña núm.24/2017, de 26 de enero se refiere a dicho control de transparencia, o incluso la SAP-Barcelona





núm. 306/2016, de 20 de diciembre, dice que "27. (.) las denominadas "cláusulas suelo" forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato pero no determinan directamente el precio, como si ocurre en el caso del índice de referencia (en este caso el IRPH de las Cajas) y del diferencial (el 0,1%). La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y por ello, en caso de inclusión precisa de un plus de información que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

28. La distinción es relevante para realizar el control de transparencia, que será distinto según tenga por objeto una cláusula que fija el precio respecto de otros casos donde, como ocurre con los límites a la variabilidad de los tipos de interés, (cláusula suelo) pueden incidir en el precio. Ello impide una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y permite en este caso la valoración de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance.

29. La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del pleito, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente:

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

Es así que el IRPH se refiere, de forma directa, al precio y, por tanto, no es susceptible de pasar desapercibida y ser sorpresiva al adherente tal y como señala la SAP-Ourense

núm. 44/2017, de 10 de febrero dispone que "Los términos del documento suscrito y la práctica bancaria permiten afirmar que se informó a los clientes de las condiciones esenciales del contrato como el capital prestado, el periodo de amortización para la devolución del préstamo y del interés remuneratorio que tendría que asumir como contraprestación por la concesión del préstamo. Pactándose un interés variable, necesariamente habría de determinarse un índice de referencia, que podría ser el Euribor, pero podría ser otro cualquiera de los tipos admitidos por la legislación sectorial, entre los que se halla el IRPH. En las cláusulas suelo se declara, en la mayoría de los casos, la nulidad porque el cliente contrataba un préstamo a interés variable y, mediante ella, se convertía en un interés fijo, sin haber sido informado de ello; pero en este caso, mediante el IRPH, el préstamo sigue siendo a interés variable, cambiando sólo el índice que se toma como referencia, sin que se modifiquen las condiciones ofertadas y firmadas, no pudiendo declararse la nulidad de la determinación de dicho tipo por la forma en que ha evolucionado. Los clientes sabían que contrataban un préstamo a interés variable y, como tal, sometido a cierto riesgo ante la variabilidad y volatilidad del mismo; y que ese interés variable se calcularía tomando como referencia un índice oficial, que podía ser consultado, más el diferencial pactado. El control de transparencia no exige comprobar si el índice objetivamente es válido para referenciar tipos de interés variable. La afirmación de que el índice es fácilmente manipulable por los bancos es indemostrable y ese control ya ha sido efectuado por la normativa sectorial según se deduce de la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, al incluir el índice en su artículo 27, superando el control de los elementos a que hace referencia el artículo anterior, entre ellos el de no ser manipulable por las entidades en virtud de prácticas paralelas.

El porcentaje de variación que se adiciona al índice de referencia varía también en función de éste, según su comportamiento previsible, pudiendo el consumidor elegir entre los que componen la oferta de las distintas entidades, no existiendo obligación por parte de las entidades bancarias de referenciar sus préstamos exclusivamente al Euribor o de explicar cómo se obtienen y comportan tales índices. Ello exigiría conocimientos especializados y, en relación a su variación, un juicio de previsibilidad normalmente



inalcanzable. El hecho de que los clientes desconozcan cómo se calcula el IRPH no constituye un elemento invalidante del consentimiento o motivo que determine falta de transparencia. Resulta contradictorio que los actores soliciten la anulación de la cláusula y su sustitución por el Euribor, otro índice oficial, cuyo cálculo es todavía más complejo que el IRPH, y seguramente desconocido en su composición y comportamiento para la mayoría de los consumidores con préstamos hipotecarios referenciados a dicho tipo, sin que por ello sean nulos por error o vicio del consentimiento, o por falta de transparencia.

El hecho de que el IRPH sea superior o inferior a otros índices y los efectos económicos de su aplicación tampoco influye en este examen. Su evolución comporta un elemento de aleatoriedad que justifica, al alza o a la baja, la variabilidad del interés como opción frente al interés fijo, por lo que el argumento del comportamiento distinto de los índices diferentes en el tiempo tampoco resulta admisible.

Ahora bien, sentado lo anterior debemos acomodarnos al criterio fijado finalmente por el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2017 en relación a la transparencia y que es clara a estos efectos cuando afirma que:

El control de transparencia, 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, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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. La STS 241/2013, de 9 de mayo, estableció unos criterios de transparencia que constituyen la doctrina jurisprudencial {sentada en dicha sentencia y confirmada por otras posteriores como la núm.138/2015, de 24 de marzo y la núm. 139/2015, de 25 marzo) aplicable no solamente a las cláusulas suelo, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de



préstamo hipotecario concertadas entre los mismos superan o no el control de transparencia. Tales criterios son: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Este control de transparencia va referido únicamente a contratos celebrados con consumidores.

Es así que por su carácter esencial es determinante acreditar si el consumidor se percató de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. El deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores no exige que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia, como tampoco se hace en otros índices de referencia utilizados en préstamos hipotecarios.

En este contexto, y en el caso que nos ocupa, la *cláusula 3 bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario evidencia la ausencia de **información** deficiente y **pormenorizada**, que no permite que un consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos.*

Y es que la Entidad de Crédito debía facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de





la evolución que tal índice había tenido. Se debía, por tanto, explicar la peculiaridad de la configuración de éste índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional debe suministrar al consumidor. En particular, que desde su aplicación, el IRPH- Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euribor.

Siendo ello así, en este contexto y a la vista de la prueba practicada no puede sino estimarse que no consta oferta vinculante entrega a los actores, simulaciones del nuevo escenario al que se enfrentaban, ni se ha desplegado prueba que permita estimar mínimamente acreditado que los actores sabían el significado del índice IRPH ni su trascendencia económica y jurídica en la vida del préstamo que estaban firmando.

En conclusión, el prestatario-consumidor al suscribir el préstamo NO tuvo en ningún momento pleno conocimiento del nuevo índice al que se sometió, y de la carga económica que en las cuotas del préstamo tendría, según oscilase el índice de referencia. En definitiva, el prestatario-consumidor no tuvo oportunidad real y cierta de conocer y aceptar la cláusula impugnada.

Por todo ello, el demandante NO pudo conocer la existencia del concreto índice de referencia para fijar el interés, aunque no conste que se hubiera emitido y entregado oferta vinculante, por más que sí aparece referenciada en la escritura notarial. En suma, la estipulación que determina INDICE DE REFERENCIA PRINCIPAL: "INDICE CONJUNTO DE ENTIDADES". ("Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito") no supera el

control de transparencia y, en consecuencia, **procede efectuar declaración de nulidad.**

**NOVENO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula IRPB.**

La consecuencia no puede ser otra que la establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que es el mantenimiento de la vigencia y obligatoriedad del contrato, expulsando del mismo la cláusula abusiva y dejando subsistente el contrato, el cual puede funcionar perfectamente sin la cláusula IRPB litigiosa, sin necesidad de integración, que ha sido prohibida por la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (salvo que la misma sea necesaria para que, en beneficio del consumidor, el contrato siga operando). La cláusula no forma parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable y, consecuentemente, de su objeto y causa, por lo que la demanda ha de ser estimada en cuanto a la pretensión principal y proceder a la declaración de nulidad de la cláusula cuestionada.

Es por ello que la entidad bancaria deberá reintegrar a los actores las cantidades percibidas desde el inicio de la aplicación de la cláusula declarada nula, debiendo aplicarse en su caso un interés del Euribor + 0'25% en lugar del IRPH Cajas +0,25% que figuraba en la hipoteca firmada por los demandantes en el año 2001. La diferencia, con intereses, se deberá devolver al cliente y a tal efecto, contamos con el informe pericial de D. . . . ., (folio 63 y ss) que ha sido ratificado en el acto de la vista y que cuantifica las cantidades percibidas por esta cláusula a fecha de informe pericial a 27.997'32 euros.

Dicha cantidad devengará intereses legales desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia, se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma y que viene motivada por razones de estricta justicia, para evitar que exista un enriquecimiento injusto o sin causa en beneficio del banco que ha dispuesto de ese capital y sus frutos - los intereses - desde su entrega o desde su pago por el actor. Desde la fecha de esta sentencia, y hasta el completo pago, el tipo de interés será el previsto en el artículo 576 de la IEC.

**DÉCIMO.- Costas.** En materia de costas, atendiendo al principio de vencimiento objetivo del artículo 394 de la IEC, procede imponerlas a la parte demandada.

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



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

## FALLO

Que, ES'1'IM la demanda interpuesta por DON [REDACTED] [REDACTED] que actúa en su nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma DOÑA [REDACTED] [REDACTED] representados por la Procuradora Sra. [REDACTED] [REDACTED] frente a la entidad **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA**, y en su virtud:

1. - Se declara la nulidad de las cláusulas **tercera bis** letras a) y b) del contrato de préstamo hipotecario suscrito **entre** las partes el 10 de mayo de 2001 que referencia el préstamo al IRPH y como índice sustitutivo el Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorros, para toda la vida de los préstamos una vez superado la primera fase de vigencia del préstamo.

2.- Condena a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas en **concepto** de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Cajas o Tipo de referencia de las Cajas de Ahorros, durante el segundo periodo previsto en el contrato de fecha de emisión del informe pericial aportado asciende a 27.997'32 euros, más los intereses legales de los citados intereses desde el **momento** de su pago y percepción por la demandada.

3.- Se declara la nulidad de la cláusula de redondeo al alza que se recoge **en** la cláusula **tercera bis** letra f) del préstamo hipotecario.

Se condena a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades cobradas **en concepto** de interés remuneratorio calculado **con** aplicación de la cláusula de **redondeo** a que se refiere el punto anterior que, a fecha de emisión del informe pericial aportado asciende a 830'40 euros.

A Abonar los intereses de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro y hasta la fecha de la **presente** sentencia, y desde ésta el previsto **en** el art. 576 LEC, cantidad que hasta la fecha de emisión del informe pericial ascendía a 250'16 euros.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Ourense (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre) .

De conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ introducida por LO 1/2009, de 3 de noviembre, para la interposición del referido recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 euros) que deberá ser consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, aportando constancia documental del mismo. No se admitirá a trámite el recurso si no se ha constituido el referido depósito.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

