

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 3 de marzo de 2020 (\*)

S  
a  
IRPH

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores — Contrato de préstamo hipotecario — Tipo de interés variable — Índice de referencia de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros — Índice derivado de una disposición reglamentaria o administrativa — Introducción unilateral de una cláusula de este tipo por el profesional — Control de la exigencia de transparencia por el juez nacional — Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula»

En el asunto C-125/18,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia ese mismo día, en el procedimiento entre

**Marc Gómez del Moral Guasch**

y

**Bankia, S. A.,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta, los Sres. J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, E. Regan, M. Safjan y S. Rodin (Ponente), Presidentes de Sala, y los Sres. L. Bay Larsen, T. von Danwitz, D. Šváby y F. Biltgen, la Sra. K. Jürimäe y el Sr. C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Szpunar;

Secretaria: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 25 de febrero de 2019;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Sr. Gómez del Moral Guasch, por los Sres. J. M. Erausquin Vázquez y A. Benavente Antolín y las Sras. M. Ortiz Pérez y S. Moreno de Lamo, abogados;
- en nombre de Bankia, S. A., por los Sres. R. Fernández-Aceytuno Sáenz de Santamaría, F. Manzanedo González, M. Muñoz García-Liñán, V. Rodríguez de Vera Casado, L. Briones Bori y A. Fernández García, abogados;
- en nombre del Gobierno español, por la Sra. M. J. García-Valdecasas Dorrego y el Sr. J. Rodríguez de la Rúa Puig, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. S. Brandon, en calidad de agente, asistido por la Sra. A. Howard, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. N. Ruiz García y J. Baquero Cruz y por la Sra. C. Valero, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 10 de septiembre de 2019;

dicta la siguiente

### Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29), y en particular sus artículos 1, apartado 2, 4, apartado 2, 6, apartado 1, 7, apartado 1, y 8.
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Sr. Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A., en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio recogida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes.

#### Marco jurídico

##### *Derecho de la Unión*

- 3 Según el vigésimo cuarto considerando de la Directiva 93/13, «los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».
- 4 El artículo 1, apartado 2, de la Directiva dispone lo siguiente:  

«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.»
- 5 El artículo 4 de la misma Directiva dispone lo siguiente:
  1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y 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.
  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.»
- 6 A tenor del artículo 5 de la Directiva:  

«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. [...]»
- 7 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:  

«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.»
- 8 A tenor del artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva:

«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.»

9 El artículo 8 de la Directiva dispone lo siguiente:

«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.»

10 El anexo de la Directiva 93/13, que recoge una lista indicativa de cláusulas que pueden declararse abusivas, es del siguiente tenor:

«1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

[...]

l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

[...]

2. Alcance de las letras g), j), y l)

[...]

c) Las letras g), j) y l) no se aplicarán a:

– las transacciones relativas a títulos-valores, “instrumentos financieros” y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de “una cotización” o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el profesional no controle;

[...]

d) La letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio.»

### *Derecho español*

11 El artículo 1303 del Código Civil dispone lo siguiente:

«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.»

12 La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios (BOE n.º 112, de 11 de mayo de 1994, p. 14444), en la redacción que le dio otra Orden Ministerial de 27 de octubre de 1995 (BOE n.º 261, de 1 de noviembre de 1995, p. 31794) (en lo sucesivo, «Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994»), disponía lo siguiente:

«El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente.»

- 13 El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181), dispone lo siguiente en su artículo 8, titulado «Derechos básicos de los consumidores y usuarios»:

«Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

[...]

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

[...]

- 14 El artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que lleva como epígrafe «Información previa al contrato», establece lo siguiente:

«1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitar de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

[...]

- 15 A tenor del artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, titulado «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente»:

«1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

[...]

- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

[...]

- 16 El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que lleva como epígrafe «Concepto de cláusulas abusivas», dispone lo siguiente:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...]

- 17 El artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE n.º 261, de 29 de octubre de 2011, p. 113242), que lleva como epígrafe «Tipos de interés oficiales», establece lo siguiente en su apartado 1, letra a):

«A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.»

- 18 La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013, p. 78787), establece, en su disposición adicional decimoquinta,

que las referencias a los tipos previstos en el apartado 1 de dicha disposición y que desaparecen, entre los que está el índice de referencia basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «IRPH de las cajas de ahorros»), serán sustituidas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato; en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato, la sustitución se realizará por el «tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo».

### Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 19 El 19 de julio de 2001 el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la entidad de crédito de la que Bankia trae causa un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132 222,66 euros para financiar la adquisición de una vivienda.
- 20 La cláusula tercera *bis* de ese contrato, titulada «Tipo de interés variable», dispone que el tipo de interés que debe pagar el consumidor variará en función del IRPH de las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»). La cláusula controvertida es del siguiente tenor:
- «El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, [redondeado] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic].»
- 21 El Sr. Gómez del Moral Guasch presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, solicitando en particular la declaración de nulidad de la citada cláusula por ser supuestamente abusiva.
- 22 El juzgado remitente expone en primer lugar que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (en lo sucesivo, «euribor»), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España. A su juicio, la utilización del IRPH de las cajas de ahorro representa un coste adicional de entre 18 000 y 21 000 euros por préstamo.
- 23 El juzgado remitente se pregunta, a continuación, si el hecho de que el IRPH de las cajas de ahorro sea un índice regulado tiene como consecuencia que deba aplicarse la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, aun cuando la sujeción de las partes del contrato de préstamo al mencionado índice resulte de la aplicación de una cláusula del propio contrato.
- 24 El juzgado remitente se pregunta también si debe informarse al consumidor del método de cálculo del índice de referencia y de su evolución en el pasado para que el propio consumidor pueda valorar la carga económica del préstamo contratado. A este respecto, el juzgado remitente observa que, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección que el establecido por la Directiva 93/13, la excepción que se deriva del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español.
- 25 Por otra parte, el juzgado remitente pide que se dilucide si, en el caso de que la cláusula controvertida no sea conforme con el Derecho de la Unión, la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euribor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses serían conformes con la Directiva 93/13 la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euribor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses.

26 En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

(1) [El IRPH de las cajas de ahorro] ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional del contrato?

2) a) Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no transpuest[o] en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13 y a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

b) En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH [de las cajas de ahorros]?

i) *Nota a?* Explicar cómo se configura [...] el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional [debe] conocer y transmitir que [debe] aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

c) Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente [examinar] el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su Derecho nacional, se pregunta al Tribunal si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y que, por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente[mente] no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH [de las cajas de ahorros]?

3) Si se declara la nulidad del IRPH [de las cajas de ahorros], ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13?

i) La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, [quien tiene la condición de] profesional.

ii) Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.»

**Sobre las cuestiones prejudiciales**

**Sobre la primera cuestión prejudicial**

- 27 Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este último proporcionar al juez nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce. Desde este punto de vista, corresponde al Tribunal de Justicia reformular, en su caso, las cuestiones prejudiciales que se le han planteado (sentencia de 7 de agosto de 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, apartado 34).
- 28 A este respecto, si bien la primera cuestión prejudicial como tal se refiere al IRPH de las cajas de ahorros, para dar una respuesta útil al juzgado remitente procede entender que mediante aquella dicho juzgado pide que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda fuera del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé 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.
- 29 Según el mencionado artículo 1, apartado 2, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13.
- 30 Así pues, el citado precepto establece la exclusión de tales cláusulas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, exclusión que es de interpretación estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 27 y 31 y jurisprudencia citada).
- 31 Tal exclusión requiere que concurren dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 78, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 28).
- 32 Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 26; de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 79, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 29 y 30).
- 33 En el caso de autos, de la descripción que hace el juzgado remitente de la normativa nacional aplicable al litigio principal se desprende que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»).
- 34 A este respecto, tal como observó en lo sustancial el Abogado General en los puntos 78 a 83 de sus conclusiones, resulta, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos.
- 35 Por lo tanto, sin perjuicio de la posible comprobación por parte del juzgado remitente, Bankia tenía la facultad de definir el tipo de interés variable, según indica el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, «de cualquier otro modo, siempre que [resultara] claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho».

- 36 En consecuencia, la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.
- 37 De ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 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.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)*

- 38 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letra a), el juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular su artículo 8, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los tribunales de un Estado miembro apliquen el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva con el fin de no examinar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual redactada de forma clara y comprensibile y que se refiere al objeto principal del contrato cuando la segunda de las disposiciones citadas no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.
- 39 No obstante, de las explicaciones incluidas en el auto de remisión sobre la segunda cuestión prejudicial se desprende que mediante la primera parte de esta cuestión el juzgado remitente se interroga más concretamente sobre la posibilidad de que un órgano judicial nacional pueda examinar, aun cuando no se haya transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al Derecho interno, si el cláusulas como la controvertida cumplen la exigencia de transparencia preceptuado por dicha Directiva.
- 40 Procede observar con carácter preliminar que en el caso de autos el juzgado remitente ha planteado la segunda cuestión prejudicial, letra a), partiendo de la premisa de que no se ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.
- 41 Por su parte, Bankia y el Gobierno español sostienen que, en las sentencias 406/2012, de 18 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5966), y 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:1916), el Tribunal Supremo declaró que el legislador español había transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al Derecho nacional mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304). Esas mismas partes afirman que, según las citadas sentencias: en primer lugar, la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones», que figuraba en la legislación española antes de la adopción de la Directiva 93/13, fue sustituida por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» para limitar el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula contractual; en segundo lugar, que no puede darse un control propiamente dicho de precios ni del equilibrio de las prestaciones, y, en tercer lugar, que los elementos esenciales del contrato, si bien están excluidos del control de contenido, pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia.
- 42 No obstante, habida cuenta de lo precisado en el apartado 39 de la presente sentencia sobre el alcance de la segunda cuestión prejudicial, letra a), no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.
- 43 Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de

junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 49).

- 44 Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 50).
- 45 Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41).
- 46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71).
- 47 Procede pues responder a la segunda cuestión prejudicial, letra a), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe 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.

*Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c)*

- 48 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.
- 49 A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 a 109 de sus conclusiones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de

información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 48).

- 50 De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44).
- 51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51).
- 52 Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matej, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 46). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Presumida un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada).
- 53 Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un

contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55 Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

56 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe 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.

#### *Sobre la tercera cuestión prejudicial*

57 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que 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, y en defecto de pacto en contrario entre las partes, el juez nacional sustituya tal índice por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses.

58 Debe recordarse en primer lugar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 35; de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52).

- 59 En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53).
- 60 De este modo, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 54).
- 61 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48).
- 62 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 57).
- 63 Si, en una situación como la descrita en el apartado 58 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler

Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 58).

- 64 Por consiguiente, procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (véase, por analogía, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 59).
- 65 En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato.
- 66 En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio.
- 67 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, 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.

#### *Sobre la solicitud de limitación temporal de los efectos de la presente sentencia*

- 68 Dado que la tercera cuestión prejudicial se formulaba para el supuesto de que se declarara la «nulidad del IRPH de las cajas de ahorros», el Gobierno español solicitó al Tribunal de Justicia en sus observaciones escritas y orales que limitara los efectos temporales de la sentencia. Ha de precisarse que la petición del Gobierno español se basa en la premisa de que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas contractuales como la controvertida, el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses.
- 69 Tal como se ha recordado en el apartado 52 de la presente sentencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso la Directiva 93/13.
- 70 Pues bien, de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial resulta que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas como la controvertida, el juez nacional quedará facultado, en las condiciones que se han recordado en el apartado 67 de la presente sentencia, para sustituir el índice adoptado en la cláusula en cuestión por un índice legal que sea aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato.

- 71 En estas circunstancias, las consecuencias financieras de la eventual declaración de nulidad de una cláusula de estas características para las entidades bancarias en particular y para el sistema bancario en general no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto (véase, por analogía, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 60 y 61).
- 72 De lo anterior resulta que no procede limitar temporalmente los efectos de la presente sentencia.

### Costas

- 73 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

- 1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que si 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) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe 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) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe 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, y 7, apartado 1, 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.**

Lenaerts

Silva de Lapuerta

Bonichot

Arabadjiev

Regan

Safjan

Rodin

Bay Larsen

von Danwitz

Šváby

Biltgen

Jürimäe

Lycourgos

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 3 de marzo de 2020.

El Secretario

El Presidente

A. Calot Escobar

K. Lenaerts

---

\* Lengua de procedimiento: español.

2

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1  
OURENSE**

SENTENCIA: 00035/2020

53

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez-Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**S E N T E N C I A NÚM. 35/2020**

En la ciudad de Ourense a doce de febrero de dos mil veinte.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de juicio ordinario contratación 715/2018 procedentes del Juzgado de Primera Instancia 7 de Ourense, Rollo de Apelación núm. 921/2019, entre partes, como apelante, Banco Santander SA, representado por la procuradora Dña. Sonia Juiz Casas, bajo la dirección de la letrada Dña. Rocío Robles Rodríguez, y, como apelado, D. Alberto Díaz Vázquez, que actúa en su propio nombre y derecho y en beneficio de la sociedad de gananciales

que forma con su esposa Dña. Celia Pérez Fernández, representado por la procuradora Dña. Ana María López Calvete, bajo la dirección del abogado D. Eduardo Mazaira Pérez.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla.

#### I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**- Por el Juzgado de Primera Instancia 7 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 11 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que **ESTIMO parcialmente** la demanda interpuesta por D. Alberto Díaz Vázquez y Dña. Celia Pérez Fernández frente a la entidad Banco Santander S.A. y, en consecuencia

1.- **DECLARO** la nulidad de pleno derecho de las siguientes cláusulas de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes en fecha 11 de julio de 2002 (documento Obis de la demanda):

-cláusula octava apartado 2.6 (base de 360 días para los periodos de liquidación del tipo ordinario).

-cláusula octava 2.8 sobre interés de demora.

2.- **SE CONDENA** a la parte demandada, en orden a hacer efectiva la nulidad declarada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su inicio sin aplicación de las cláusulas anuladas. Este cálculo, en defecto de cumplimiento voluntario, se verificará en ejecución de sentencia. **SE CONDENA** asimismo a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidades percibidas de más en concepto de intereses remuneratorios en función de la aplicación de las cláusulas anuladas, incrementando las respectivas cantidades con el interés legal desde la fecha de cada abono, sin



perjuicio de la aplicación de los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia.

3.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”.

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil Banco Santander SA recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de Don Alberto Díaz Vázquez, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** En la sentencia dictada en primera instancia en el presente procedimiento iniciado a instancia de Don Alberto Díaz Vázquez y Doña Celia Pérez Fernández contra la entidad Banco Santander SA, se declaró la nulidad de diferentes cláusulas contractuales contenidas en la escritura de préstamo hipotecario otorgado el día 11 de julio de 2002, y entre ellas la cláusula octava, apartado 2.6 en la que se preveía la base de 360 días para los periodos de liquidación del interés ordinario, condenando a la demandada a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su inicio, sin aplicación de las cláusulas anuladas y abonar a la parte actora las cantidades percibidas de más en concepto de intereses en remuneratorios en función de la aplicación de las cláusulas anuladas, sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

Frente a dicha resolución se interpone por la entidad bancaria el presente recurso de apelación impugnando el pronunciamiento referido a la nulidad de la cláusula de cálculo de intereses en base al año comercial, alegando que se trata de una cláusula pactada que no produce un perjuicio al prestatario y es un uso bancario considerado así por el Banco de España. La parte actora se opuso al recurso solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo.- El único motivo de apelación es el relativo la nulidad de la cláusula sobre el cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días, que se declaró abusiva por falta de transparencia, pues se hace referencia al uso como divisor del año comercial, sin mayor explicación sobre su relevancia y la conexión con la aplicación de un numerador basado en el año natural, no pudiendo descartarse el efecto pernicioso de la cláusula.

Con carácter previo a la cuestión planteada es preciso tener en cuenta, siguiendo el profundo y detallado estudio al respecto del profesor Sr. Andrés Llamas, algunas notas doctrinales sobre el concepto del método de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores. El conjunto y devengo de intereses, tanto en operaciones de pasivo con una entidad financiera como de activo, como es el caso de los préstamos hipotecarios, es uno de los cálculos matemáticos más trascendentes para los consumidores. Con carácter general, los intereses se devengan y liquidan diariamente, y las cuotas de los préstamos se abonan con prioridad mensual o trimestral. Para facilitar los cálculos de estas operaciones, con anterioridad a la generalización de la informática, se realizaba la ficción de considerar que el año tenía 360 días, en lugar de 365 o 366 en los años bisiestos. Así surgió en el sector bancario el denominado año comercial,



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

en contraposición al año natural, para simplificar el cálculo matemático, pues todos los meses tenían una duración simulada de 30 días.

En la fórmula matemática necesaria para el cálculo del devengo de intereses es preciso utilizar la duración del año en el numerador y en el denominador; y así surgieron cuatro métodos diferentes según se utilizara uno u otro en ambos términos, o se continuasen utilizando los dos, uno y otro en la fórmula, ya en el numerador, ya en el denominador. Así en el método 365/360 se toma un año al natural para el devengo de intereses y una base de cálculo de 360 días; en el método 360/365 ocurre a la inversa. Y en los métodos 360/360 y 365/365, para el devengo de intereses y la base de cálculo se toman magnitudes homogéneas, bien el año comercial bien el año natural. De las combinaciones posibles surge la clasificación entre métodos con equilibrio y métodos sin equilibrio. Los primeros toman la misma duración para el tiempo transcurrido y la base de cálculo, y los segundos toman una duración distinta para el tiempo transcurrido y la base de cálculo. El método 365/360 incrementa sistemáticamente el importe de las cuotas a abonar, produciendo el efecto contrario el sistema 360/365. El uso de aquél se fue extendiendo en las operaciones de pasivo de las entidades financieras y conlleva una desproporción en su propia esencia, pues se utilizó selectivamente la duración del año en perjuicio del consumidor. En el dividendo se utiliza la duración de 365 días, mientras que en el divisor el año se considera de 360 días, lo que produce como resultado una alteración de los intereses a abonar y, por tanto, un enriquecimiento de la entidad.

El uso del año comercial de 360 días, en principio, no tiene que perjudicar necesariamente al consumidor. Pues

si se opta por una base de cálculo de 360 días, ha de mantenerse esa ficción de la duración del año al computarse los días transcurridos. El perjuicio se produce cuando en el cálculo se utiliza la base 360 pero se aplica el año natural para el cómputo de los días transcurridos, lo que en los préstamos de larga duración produce un elevado sobrecoste.

La utilización en nuestros días del método 365/360 es una práctica muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones, al señalar sobre el año comercial/año civil: " (...) el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras, y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.1950 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio (EDL 1885/1). Como tal uso bancario se recogió en las memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que «la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituye una práctica inveterada de las entidades bancarias, que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario». El Servicio ha venido advirtiendo, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la



actualidad de razón técnica y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias sólo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y el alcance de las cláusulas de los contratos.

Las cláusulas que regulan el método de cálculo de interés tienen carácter contractual, viniendo normalmente predeterminadas por la entidad bancaria tanto en relación a su contenido como a las técnicas auxiliares para su ejecución y, por ello, están sometidas al régimen general de cláusulas y condiciones generales que perjudiquen injustificadamente a la parte más débil en la contratación, el consumidor.

Por su extrema especificidad las cláusulas que regulan el método de cálculo de los intereses se incorporan a la escritura o póliza como condiciones generales predispuestas, impuestas por las entidades financieras y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad, cuando no a la generalidad, de contratos, de forma que un consumidor medio negocia el importe prestado, duración del préstamo o tipo de interés, pero no la base de cálculo adoptada en una fórmula aritmética.

Un sector doctrinal mantiene que estas cláusulas se refieren a la definición del objeto principal del contrato, y por ello no pueden ser sometidas a control de contenido o de abusividad, interpretando extensivamente la exclusión que se contiene en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que impide ese control en las cláusulas referidas "a las definiciones del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución". Sin embargo el Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de dicha Directiva, ha

confirmado el carácter accesorio de las cláusulas que regulan el método de cálculo señalando que "las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

Aunque se considerase que estas cláusulas forman parte inescindible del precio, estaría sujeta al doble control de transparencia según la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo. Un primer control de incorporación, según el que no se incorporan las cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Y un segundo control de transparencia o de comprensibilidad real, debiendo analizarse el conocimiento que tiene el consumidor de la carga económica y jurídica del contrato y la información proporcionada al respecto por la entidad financiera. Se trata de un control de abusividad abstracto, en el que ha de examinarse si la entidad ha informado sobre el coste comparativo entre los distintos métodos de cálculo existentes lo que permitiría al consumidor decidir cuál es el menos gravoso a sus intereses o compararlo con el utilizado por otras entidades financieras.

En los supuestos de indeterminación del método efectivamente aplicado (por ejemplo, cuando se incorpora una fórmula aritmética pero no se especifica la base de cálculo), se considerará que existe una práctica abusiva no consentida expresamente, porque los consumidores no prestan el asentimiento expreso a la aplicación de un método de cálculo especialmente gravoso para sus intereses, sino que se han adherido, sin previa negociación, a unas condiciones generales que en este aspecto son incompletas.



En relación al control de contenido, de acuerdo con el artículo 82 del TRLGDCU, para que una condición general pueda ser considerada abusiva, en contra de las exigencias de la buena fe, ha de causar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Tal desequilibrio importante puede deducirse lógicamente en la utilización del método 365/360 que altera la duración del año de forma selectiva: en el numerador se opta por una duración del año natural y en el denominador por la duración del año comercial, de forma que las entidades financieras elevan artificialmente el importe de las cuotas que cobran a los consumidores. Un supuesto típico de falta de reciprocidad que contiene el concepto jurídico de desequilibrio se contempla en el artículo 87.5 del TRLGDCU: "Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva". La elección alternativa de la duración del año permite comprobar la ausencia de reciprocidad, pues la aplicación del método 365/360 supone un redondeo al alza en el tiempo consumido y en el precio. Y ello permite asimilarlo a los supuestos de la denominada cláusula de redondeo, que establecía el redondeo al alza de las fracciones de punto en relación con el tipo de interés, que fueron declaradas nulas por el Tribunal Supremo en Sentencias como las de 29 de diciembre de 2010 o 2 de marzo 2011, ya que el prestatario se veía obligado a pagar sistemáticamente en exceso sin recibir contraprestación alguna.

El desequilibrio provocado por las entidades bancarias es contrario a las exigencias de la buena fe, pues provocan un incremento artificial del importe de las cuotas

ordinarias de los préstamos y, también, de los intereses de demora, enriqueciéndose injustamente, sin que el mismo método sea empleado en las operaciones de pasivo, cuando deben remunerar a los clientes.

En el presente caso en la sentencia dictada en la instancia se declaró la nulidad de la cláusula discutida por considerarla abusiva por falta de transparencia, al no explicar la relevancia que en el contrato tiene el uso como divisor del año comercial, cuando en el numerador se utiliza el año natural; así como por el efecto pernicioso de la cláusula.

Y tal conclusión se comparte por esta Sala, con independencia de lo expuesto acerca de la posibilidad de efectuar el control de contenido, por el carácter accesorio de las cláusulas que regulan el método de cálculo, y aunque pudiera superar el control de incorporación en los términos del artículo 7 de la LCGC, el segundo control o control de transparencia o comprensibilidad real no podría superarlo. Por un lado el método efectivamente aplicado, mediante la incorporación de una fórmula aritmética sin especificar la base de cálculo, aparece indeterminado, y por ello los consumidores no pudieron prestar el consentimiento expreso a la aplicación del mismo, que es especialmente gravoso para sus intereses. Y además la entidad bancaria no ha acreditado haber suministrado a los actores información suficiente a fin, de que pudieran alcanzar un conocimiento real de la carga económica y jurídica del contrato, de las consecuencias de la utilización del método de cálculo elegido y su repercusión en el precio del contrato, no pudiendo así verificar las comprobaciones oportunas incluso en otras entidades financieras. Por ello, siendo el único motivo de recurso, el control de incorporación y transparencia, sin impugnar el pronunciamiento por el que se



estableció que la cláusula producía un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, el recurso debe ser desestimado, manteniéndose la resolución apelada.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**Tercero.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la imposición de las costas a la entidad apelante, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

**FALLO:** Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Banco Santander SA contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia 7 de Ourense en autos de juicio ordinario contratación 715/2018 -rollo de Sala 921/2019-, cuya resolución se confirma en su integridad; imponiendo a la apelante las costas causadas en esta alzada.

Se decreta la pérdida de la totalidad del depósito constituido para recurrir al cual se dará el oportuno destino legal.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, en su caso, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de

· procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**Audiencia Provincial**

de Madrid (Sección 13ª) Sentencia num. 214/2017 de 4 mayo

AC/2017/373

H ★★★★★

Favorable IRPH  
Desestimación recurso Bankia  
5c

**CONSUMIDORES Y USUARIOS: CLÁUSULAS ABUSIVAS: PROCEDENCIA:** cláusula de interés variable referenciada al IRPH: comporta un evidente desequilibrio para las partes a favor de la ejecutante; no reúne los presupuestos de transparencia exigidos legal y jurisprudencialmente; la referencia del tipo de interés variable al IRPH, puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable lo sea a un tipo superior que si lo hubiera hecho al Euribor.

Jurisdicción: Civil

Procedimiento 936/2016

Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros

La Audiencia Provincial de Madrid declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 24-6-2016 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 71 de Madrid.

**Audiencia Provincial Civil de Madrid****Sección Decimotercera**

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0235880

**Recurso de Apelación 936/2016**

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 71 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1510/2015

**APELANTE:: BANKIA SA**

PROCURADOR D./Dña. JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS

**APELADO:: ASOCIACION DE USUARIOS AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS**

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

**SENTENCIA N° 214/2017****TRIBUNAL QUE LO DICTA :****ILMO. SR. PRESIDENTE**

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a cuatro de mayo de dos mil diecisiete. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre Nulidad, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 71 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelada-impugnante ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), representada por la Procuradora Dª. Sharon Rodríguez de Castro Rincón y asistida del Letrado D. Agustín Azparren Lucas, y de otra, como demandada-apelante-impugnada BANKIA, S.A., representada por el Procurador D. Joaquín María Jáñez Ramos y asistida de la Letrada Dª. María José Cosmea Rodríguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO****PRIMERO**

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 71, de Madrid, en fecha veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que , estimando la demanda formulada por la procuradora Dª Saharon Rodríguez De Castro Rincón , en nombre y representación de Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados financieros ( ASUFIN) , en representación de su asociada Dª ... , contra Bankia , SA, representada por el Procurador Sr De La Santa Marquez, se declara la nulidad de la cláusula TERCERA-BIS-TIPO DE INTERES VARIABLE , del préstamo hipotecario concertado el 30 de diciembre de 2005, entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid , ( actualmente BANKIA ) , y Dª ...

Se condene a la demandada :

A) A eliminar dicho índice del precio y , en consecuencia , se condena a Bankia, SA a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuere el Euribor , mas el diferencial pactado del 0,50 % , dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH ENTIDADES, que será sustituido por Euribor mas el 50%.

B) A devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del exceso en el cobro de intereses , mas los intereses legales desde de dichas sumas desde sus respectivos abonos .

En cuanto a las costas, se imponen a la parte demandada".

## SEGUNDO

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis**, para resolver el recurso.

## TERCERO

Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **veintiséis de abril de dos mil diecisiete**.

## CUARTO

En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO

Frente a la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª instancia nº 71 de Madrid con fecha 24 de junio de 2.016, estimatoria de la demanda interpuesta por ASUFIN (Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros, en representación de su asociada Dª ... frente a Bankia S.A., por la referida demandada se interpone recurso, impugnando luego también la sentencia la citada actora, con base, respectivamente en las alegaciones que luego se expondrán.

### SEGUNDO

Sucintamente en l a demanda iniciadora del procedimiento la referida actora alegaba que con fecha 30 de diciembre de 2.005 su asociada suscribió con la demandada una escritura de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 90.000 euros, a devolver en 30 años y 360 cuotas mensuales, en la que existía un periodo inicial de plazo fijo (al 3,50% de interés), y transcurrido este, uno variable anualmente conforme al índice de referencia señalado, que según la Cláusula Financiera Tercera Bis, referida al tipo de interés variable aplicable sería ".....el tipo a aplicar es el **tipo medio de los préstamos hipotecarios más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Bancos, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. par los préstamos hipotecarios al tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, sin redondeo, incrementada en el 0,50%** . En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico periodo de tiempo, con carácter supletorio, **el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro , vigente en el momento de la revisión, que igualmente el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E., con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto** ". Que pretendía la nulidad por abusividad de dicha cláusula, por infracción de las normas imperativas y por falta de transparencia, en cuanto que fijaba el interés variable en el IRPH , en lugar del más beneficioso Euribor, que en los últimos años había descendido considerablemente en relación con el IRPH, ya que además de no haber sido objeto de la necesaria información, era manipulable por las entidades bancarias. Por todo ello interesaba:

1º) La declaración de nulidad de pleno derecho por infracción de las normas imperativas, falta de transparencia y carácter abusivo de la referida cláusula.

2º) La condena de la demandada a eliminarla.

3º) La condena de la demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado: a) recalculando la cuota sin intereses, y subsidiariamente b) recalculándola, aplicando el Euribor sin diferencial en lugar del IRPH, o c) recalculándola, aplicando el Euribor más el diferencial del 0,50% en lugar del IRPH mas el diferencial.

La demandada se opuso alegando, también en esencia, que en los préstamos hipotecarios el tipo de interés era generalmente variable y el diferencial se fijaba en función del plazo de devolución, existiendo diversos tipos de índices de referencia para calcular los intereses variables. Que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario, referenciada al IRPH, no era una condición general de contratación por cuanto constituía un elemento esencial del contrato, y por ello no le era aplicable lo dispuesto en la L.C.G.C., ni el T.R. de la L.G.D.C.U.. Que dicha cláusula era clara y comprensible. Subsidiariamente, que el tipo de interés variable tampoco podía ser considerado como abusivo, porque no generaba desequilibrio ya que podía afectar de igual modo, positiva y negativamente, a ambas partes, ni iba contra el principio de la buena fe al ser transparente, claro y comprensible, por lo que tampoco le era aplicable lo dispuesto en el art. 82.1 del T.R. de la Ley de Consumidores. Finalmente negaba que no se hubiere informado a la prestataria, tanto previamente, como en la firma de la propia escritura. Por último concluía diciendo que la eventual estimación de la nulidad de dicha cláusula no tendría los efectos de la completa eliminación de la misma

pretendidos por la actora, sino la aplicación de un tipo de interés fijo durante toda la vida del préstamo al 3,50% anual no revisable.

La Juzgadora de instancia estimó la demanda declarando nula la referida cláusula, condenando a la demandada eliminar del contrato dicho índice, así como a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuera el Euribor más el diferencial pactado, en lugar del IRPH, y devolver a la demandante las cantidades resultantes del exceso de interés aplicado, más los intereses legales de dichas sumas desde sus respectivos abonos, así como al pago de las costas causadas en primera instancia.

TERCERO

#### Recurso de Bankia S.A.

En la primera de las alegaciones de su recurso la apelante denuncia error en la valoración de las pruebas e infracción de los arts. 7 de la LGCG, 216, 217, 218.1 y 326 de la L.E.C. y de los arts. 1 y concordantes de la Orden de 5 de mayo de 1984 (sic) y del art. 24 de la C.E., porque la Juzgadora de instancia, fundamenta la nulidad de la referida cláusula en la falta de oferta vinculante, cuando la demandada sí que la presentó, aunque no estuviera firmada, tal y como consta en la escritura de préstamo. Además dicha escritura cumple todos los requisitos de transparencia al haber sido informada de ella la prestataria, contrariamente a lo que dice el Juez de instancia, al margen de que cuando la actora suscribió el préstamo, no existía una diferencia sustancial entre el IRPH y el Euribor.

En la segunda que son numerosas y recientes las sentencias que han declarado la validez de la cuestionada cláusula.

CUARTO

Reiterando la doctrina expuesta por la Juzgadora de instancia, para rechazar el recurso de la apelante Bankia S.A. no tenemos más que acudir a la doctrina sentada por el T.S. en Sentencia de 29 de abril de 2015, que cita dicha Juzgadora junto con otras sentencias. En primer lugar se razona en la misma que "la existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria, no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores. Concretamente expone que" Esta cuestión también fue abordada en nuestra sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo bastando con remitirnos a lo que en ella declaramos: ... la finalidad tuitiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación". Sería, afirma la expresada "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor"... Conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica", pero cuando no se trata de contratos excluidos no dispone que determinadas condiciones dejan de serlo por razón de su contenido". Y a modo de Conclusión establece... Por tanto, la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa... no excluye, como se verá, que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia, como ya declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo". En segundo lugar afirma que "Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas ... Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato, no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLRHL... También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Cuestión distinta es si las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales, lo que se analizará al resolver el motivo siguiente". Y en tercer lugar a propósito de las consecuencias de la declaración de nulidad por abusividad decía 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, 8 de septiembre de 2014, y la de 24 de marzo de 2015, 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." Sin embargo este criterio ha quedado modificado a partir de la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del T.J.U.E. según la cual "El art. 6 apartado 1 de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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 art. 3 apartado 1 de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo los 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*", de forma que el momento a partir del cual la devolución de los intereses abonados procede no es, como mantenía la citada S.T.S., la de la fecha de la resolución, sino la de la fecha del inicio del préstamo efectuando para ello el recálculo correspondiente.

Pues bien, partiendo de la precitada doctrina, lo relevante es no solo que la cláusula de interés variable supere el filtro de "incorporación" al contrato, es decir que sea clara su redacción gramatical, que lo es; sino también que supere el segundo filtro de "transparencia", es decir, que permita al consumidor identificarla y comprenderla como definidora del objeto principal del contrato para así conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos. Y en el presente caso, este Tribunal muestra su acuerdo con la Juzgadora de instancia cuando razona, que la cuestionada cláusula, no solo comporta un evidente desequilibrio para las partes a favor de la ejecutante, por aunque leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical es clara al concretar el índice que se tomará como referencia para el pago de intereses; sin embargo aplicando lo dicho en el apartado 225 de la citada Sentencia del T.S. que recogía las condiciones o características para calibrar la "falta de transparencia" (falta de información, inserción de la cláusula techo como aparente contraprestación de la cláusula techo, ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés fijado en el momento de contratar, ubicación entre una abrumadora, y decimos nosotros, incomprensible cantidad de datos entre los que queda enmascarada diluyendo la atención del consumidor, ausencia de control de la real importancia de la limitación a la baja de los intereses), es claro que no reúne los presupuestos de transparencia que exigen tanto la citada S.T.J.U.E. como la L.C.G.C. y el T.R. de Consumidores, y además si se hubiera explicado a la ejecutada, que dicho índice, en lugar de referenciarse al IRPH, se hubiera referenciado al Euríbor, claramente se desprende que ya entonces era más conveniente hacerlo al Euríbor que al IRPF, por escasa que fuera la diferencia, y ya entonces, previsiblemente, como luego se demostró, conocía la entidad prestamista que el mismo caería considerablemente, por lo que las consecuencias económicas para la ejecutada hubieran sido más favorables y por tanto muy diferentes.

La S.T.S. de 23 de diciembre de 2015, confirmando esta tesis, dijo luego que "a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista, y recordando una vez más lo dicho en la Sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo según la cual "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", y 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", concluía diciendo que "En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (SSTS 406/2012, de 18 de junio; 221/2013, de 11 de abril y 241/2013, de 9 de mayo). En consonancia con ello, la jurisprudencia de esta Sala sobre cláusulas suelo (en nuestro caso la cláusula de interés variable), tras resolver que las mismas forman parte de los elementos esenciales del contrato (precio/prestación), ha establecido que lo que debe controlarse en cada caso concreto es la transparencia. Es decir, dado que las cláusulas que se refieren a los elementos esenciales del contrato no se someten a control del contenido, la cuestión es decidir cuándo son transparentes y cuándo no. En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar - arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo (en nuestro caso reiteramos la cláusula de interés variable) una relevancia "secundaria": " (las) propias entidades les dan un tratamiento impropio secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato". La razón de que la cláusula suelo (y mutatis mutandis en nuestro caso la de interés variable) deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el Euríbor)". Es decir la referencia del tipo de interés variable al IRPH, puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable lo sea a un tipo superior que si lo hubiera hecho al Euríbor. Por todo ello esta Sala entiende que es correcto el razonamiento de la sentencia recurrida

cuando declara la nulidad de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH, y condena a la demandada a eliminarla y sustituirla por la de interés variable referida al Euribor más el diferencial pactado.

## QUINTO

### Impugnación de la sentencia por la demandante

En la única de las alegaciones de su recurso denuncia incongruencia omisiva en cuanto a los apartados a) y b) de la petición 3ª del suplico de su demanda, al omitir la sentencia todo pronunciamiento sobre dichos extremos (recalculo de las cuotas sin intereses, pues conforme la S.T.S. de 9 de mayo de 2.013, la cláusula que determina el interés es parte del objeto principal del contrato, pero no es esencial del mismo, pues este puede subsistir sin intereses).

El recurso debe ser igualmente rechazado. En primer lugar, la supuesta incongruencia omisiva pudo y debió ser solucionada por la vía del complemento de sentencias del art.215 de la L.E.C. (S.T.S. de 8 de octubre de 2.013, entre otras muchas) antes de formular recurso, lo que por sí solo bastaría para desestimarlos. En segundo lugar, si la congruencia supone que exista una correlación entre todos o algunos de los pedimentos de la demanda, es evidente, que en el presente caso, no puede ser tachada la sentencia recurrida de incongruente, en cuanto acoge una de las pretensiones del suplico de la demanda de la actora, cual era, tras declarar la nulidad por abusividad de la cláusula 3ª bis del contrato y devolver a la ejecutada las cantidades resultantes del cobro de intereses, recalcular la cuota referenciada al Euribor y no al IRPH, lo que significa acoger el pedimento 3º c) formulado por la misma actora con carácter subsidiario. En tercer lugar, es reiterada la jurisprudencia según la cual el acogimiento de un pedimento supone la desestimación tácita del resto de las pretensiones cuando del conjunto de los razonamientos, como es el caso, puede deducirse que ha así ha sido.

No obstante, sin perjuicio de declarar nula por abusiva la mencionada cláusula tercera bis del contrato, partiendo de la base de que en el presente contrato de préstamo, se pactó expresamente la obligación de pago de intereses, más un diferencial, a cambio de la entrega de la cantidad prestada (1.755 del C.C.), este Tribunal entiende, que en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.254 y sgts. del C.C. resulta acorde con dicho pacto la desestimación de los pedimentos a) (devolución del capital sin interés alguno), y b) (devolución del capital referenciando los intereses al IRPH sin diferencial alguno), y en consecuencia declara ajustada a derecho la resolución dictada según la cual, se condena a la demandada a recalcular la cuota como referenciando el pago de los intereses al Euribor más el diferencial pactado.

## SEXTO

Por disposición del art. 398 de la L.E.C. las costas del recurso formulado por Bankia S.A. así como de la impugnación de la sentencia interpuesta por ASUFIN (Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros, en representación de su asociada Dª ... deberán ser impuestas respectivamente a la apelante y a la referida impugnante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Ricardo de la Santa Márquez en nombre y representación de Bankia S.A. y la impugnación de la sentencia interpuesta por la Procuradora Dª. Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de ASUFIN (Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros, en representación de su asociada Dª ... contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1ª inscia. nº 71 de Madrid con fecha 24 de junio de 2.016, del que el presente Rolio dimana, debemos confirmarla y la confirmamos con imposición respectivamente de las costas causadas tanto por la interposición del recurso como por la impugnación de la sentencia a la referida apelante e impugnante

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº XXX, en la sucursal XXX del Banco de Santander, sita en la calle XXX.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.



52

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE  
BARAKALDO**

**BARAKALDOKO LEHEN AUZIALDIKO 6 ZK.KO  
EPAITEGIA**

BIDE ONERA s/n - CP./PK: 48901  
TEL.: 94-4001007  
FAX: 94-4001073

NIG PV / IZO ÉAE: 48.02.2-17/002347  
NIG CGPJ / IZO BJKN :48013.42.1-2017/0002347

Favorable  
Anula JRAH  
Deje sin tipo de regencia

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 439/2017 - J

**SENTENCIA Nº 51/2018**

**MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: D<sup>a</sup> JULIA SAURIMARTIN**  
Lugar: BARAKALDO (BIZKAIA)  
Fecha: treinta y uno de enero de dos mil dieciocho

**PARTE DEMANDANTE: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**  
Abogado: MARISA GRACIA VIDAL  
Procuradora: MARTA PASCUAL MIRAVALLES

**PARTE DEMANDADA BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA**  
S.A.  
Abogado: JOSE MANUEL MARTINEZ DE BEDOYA NAVARRO  
Procurador: XABIER NUÑEZ IRUETA

**OBJETO DEL JUICIO: ACCION DE NULIDAD POR ABUSIVA  
DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION**

La Ilma. S<sup>a</sup> D<sup>a</sup>. Julia Saurí Martín, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 6 de Barakaldo (Bizkaia) y su partido judicial, ha conocido del presente procedimiento de Juicio Ordinario registrado con el número 439 del año 2017, sobre Nulidad de Condiciones Generales de la Contratación y reclamación de cantidad, en audiencia oral y pública, en el que han intervenido las partes mencionadas en el encabezamiento,

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Pascual Miravalles, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX se presentó en fecha de veintisiete de marzo del pasado año demanda de juicio ordinario contra la Entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), en la que tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos, suplica: "1) Se declare la nulidad por abusiva de la condición general de la contratación contenida en la cláusula tercera Bis de la escritura de préstamo hipotecario de 29 de abril de 2.004, Protocolo xxx, relativa a la inclusión en el índice de referencia el IRPH Conjunto Entidades, o subsidiariamente nulidad de la mencionada cláusula por error en el consentimiento, 2) Se elimine la cláusula relativa a la inclusión en el índice de referencia el IRPH Conjunto Entidades y se imposibilite su aplicación en lo sucesivo, 3) Se condene a la demandada restituir al demandante, en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula nula, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia y 4) Se condene a la demandada en costas."

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha de dos de junio del presente año y emplazada en legal forma la demandada, por el Procurador de los Tribunales D. Xabier Núñez Irureta, se presentó en fecha de veintiseis de julio del presente año, escrito de contestación a la demanda en el que se opone en cuanto al fondo del asunto solicitando la desestimación íntegra de la demanda rectora con expresa condena en costas.

TERCERO.- El acto de la audiencia previa tuvo lugar en fecha de dieciocho de octubre del pasado año y el acto del juicio tuvo lugar en fecha de diez de enero del presente año con arreglo a las prescripciones legales. Se procedió a la práctica de las pruebas que fueron admitidas en la audiencia previa, con el resultado obrante en autos. Tras la práctica de la prueba las partes formularon conclusiones e informes. Sin más trámites quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada y los hechos controvertidos objeto del proceso.

1.-Se ejercita por la parte actora acción personal de nulidad de cláusula contractual y reclamación de cantidad, sobre la base del contrato de Préstamo Hipotecario suscrito entre las partes en fecha de veintinueve de abril de dos mil cuatro. Considera la parte actora que debe declararse la nulidad por abusiva de la cláusula de inclusión en el índice de referencia el IRPH Conjunto Entidades, del mencionado contrato, Cláusula Financiera Tercera Bis "TIPO DE INTERÉS VARIABLE. ÍNDICE DE REFERENCIA", considerando que se suscribió el contrato sin la debida información a la actora y sin destacar en el contrato dicha cláusula, así como que la misma no supera el control de transparencia, al no tratarse de una cláusula clara, concreta y sencilla que permita garantizar la legibilidad y accesibilidad, causando un desequilibrio entre las partes.

Por ello solicita lo dispuesto en el Antecedente de Hecho Primero de la presente resolución.

Por su parte, la demandada se opone a la reclamación efectuada alegando que la escritura de préstamo recoge de manera clara, precisa y fácilmente comprensible el tipo de interés aplicable una vez transcurrido el periodo inicial. Entiende la demandada que la cláusula de IRPH Entidades en cuestión es comprensible y que no ocultó la existencia en el contrato, habiendo informado a la parte actora de manera pormenorizada de la existencia de dicha cláusula por no tratarse de una condición general de la contratación. Por ello solicita la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

2.- En síntesis, el objeto del presente pleito se centraría en determinar si la cláusula de inclusión en el índice de referencia el IRPH Conjunto Entidades, debe ser declarada nula por abusiva, al no superar el conocido como "control de transparencia".

SEGUNDO.- Abusividad de la Cláusula de inclusión en el índice de referencia el IRPH Conjunto Entidades, del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las parte en fecha de veintinueve de abril de dos mil cuatro.-

(1) La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014 viene a sentar doctrina sobre una serie de cuestiones fundamentales, siguiendo la doctrina del TJUE expuesta entre otras en la sentencia de 3 de junio de 2010, argumenta que "el hecho de que una cláusula sea definitiva del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo".

Para ello, acude a una doctrina que desarrolla en los fundamentos de derecho décimo primero y décimo segundo, que se refieren al control de inclusión de las condiciones generales y al control de transparencia, y que desarrollaremos seguidamente.

1ª) el control de inclusión de las condiciones generales.

Tanto si se trata de contratos entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores las condiciones generales pueden ser objeto de control por los tribunales, control que la jurisprudencia viene a denominar como "control de inclusión", y que viene a significar que el tribunal habrá de determinar si en el caso concreto que se examina la cláusula en cuestión ha tenido el adherente la oportunidad de conocerla de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y, además, dicha cláusula reúne los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez que exige el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), no superando dicho control aquellas cláusulas que sean

ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, como viene a establecer el artículo 7 LCGC.

En el supuesto de las cláusulas suelo, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que regula el proceso de concesión de los préstamos hipotecarios a los consumidores, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores.

2ª) el control de transparencia de condiciones incorporadas a contratos con consumidores.

Razona el TS que en los contratos con consumidores no basta con que la cláusula en cuestión supere el control de inclusión, es necesario asimismo que supere un segundo control, el de transparencia, que significa que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que supone realmente para él el contrato celebrado, 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.

La finalidad de este segundo control no es otra que la de garantizar que el consumidor cuando celebra el contrato está en condiciones de obtener la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

3ª) la insuficiencia de información.

Dicha ausencia de información suficiente y clara podría ser subsanada mediante la acreditación de que al consumidor se le han realizado simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento previsible del tipo de interés en el momento de contratar, lo cual no se ha constatado.

② En el concreto supuesto de hecho que nos ocupa, consta probado:

1º) Que entre las partes se suscribió con fecha de veintinueve de abril del dos mil cuatro, un contrato de préstamo hipotecario en cuya Cláusula Financiera Tercera Bis se estableció la inclusión del índice IRPH Conjunto Entidades.

Dicha cláusula constituye una condición general de la contratación, en tanto está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos y ha sido predispuesta por el empresario, de tal modo que el adherente no tiene otra posibilidad que aceptarla o rechazarla, sin posibilidad de negociar de forma singularizada, reuniendo por tanto los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la LCGC exige para que se trate de una condición general de contratación, resultando a estos efectos indiferente que el adherente sea un profesional o un consumidor. Ello ha quedado acreditado por la documental obrante en las actuaciones, en concreto en el documento n.º 1 presentado con la demanda, y consistente en la Escritura de Préstamo Hipotecario objeto de autos.

2º) Que la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a cuyo tenor *"son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial"*. Lo anterior ha quedado acreditado a través del interrogatorio del actor, quien manifiesta que el presente fue el primer Préstamo Hipotecario que suscribe con la entidad demandada.

3º) Que la cláusula expresada, no supera el control de transparencia a que antes se ha hecho referencia, en tanto dicha cláusula no aparece destacada en el contrato de modo que el consumidor adherente haya podido tener un conocimiento de lo que dicha cláusula representaba en el desenvolvimiento del contrato, enmascarándose como una cláusula accesoria en la fijación del precio del contrato

cuando en realidad venía a suponer un elemento esencial definidor del objeto contractual, en tanto que la evolución del IRPH, en relación con el EURIBOR, índice de referencia en los préstamos hipotecarios, es más desfavorable para el consumidor.

Se trata de una cláusula desfavorable para el consumidor por los siguientes argumentos, en primer lugar, se trata de un Índice cuyo cálculo, al no ser auditable por mecanismos ajenos a las Entidades Bancarias, se presenta como un índice opaco, sin posibilidad de control. En segundo lugar, el mencionado índice se calcula en base a tipos medios empleados por las Entidades de Crédito que no revisten los requisitos de objetividad, incluyendo comisiones, volúmenes de datos no representativos y siendo su resultado, en definitiva influenciado por las propias Entidades que lo controlan, no reflejando la situación real del mercado, como sí lo hace el EURIBOR.

4º) De la prueba obrante en autos no se desprende que la entidad demandada haya ofrecido una información suficiente y clara al consumidor demandante sobre la forma en que operaba la cláusula IRPH Conjunto Entidades, su comparación con el EURIBOR, diversas simulaciones o escenarios, lo que podía haber probado en autos mediante la aportación de las simulaciones de distintos escenarios sobre los tipos de interés, información que hubiera proporcionado al adherente los elementos de juicio necesarios para poder tener una idea de si realmente este producto le interesaba o no contratar.

A lo anteriormente expuesto debe añadirse que el actor en el acto del interrogatorio manifestó que la desde entidad demandada le no le realizaron oferta ni simulación previa, no le explicaron el tipo de interés y le dijeron que había que firmar.

Por todo lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad de la mencionada cláusula IRPH Conjunto Entidades por abusiva.

**TERCERO.- Efectos de la declaración de nulidad. Retroactividad.-**

En cuanto a los efectos de la nulidad del contrato, el artículo 1303 CC prevé que en los casos de nulidad procederá la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses.

En atención a lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula, que de conformidad con lo previsto en el fundamento jurídico decimosexto de la STS 9 de mayo de 2013 producirá como efecto la eliminación de la misma del contenido del contrato, sin que proceda integrar el contrato. En ausencia de dicha cláusula el contrato recobra su esencia como préstamo a interés variable, por lo que la entidad demandada deberá proceder a un nuevo cálculo de los intereses en el desarrollo del contrato, aplicando los que correspondieren en aplicación de los índices de referencia contenidos en el préstamo hipotecario y sin la limitación que suponía la cláusula.

Así mismo, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la STS 123/2.017 de 24 de febrero, respecto de la retroactividad de los efectos de la nulidad, la cual establece que: "3.- *En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:*

a) *La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.*

b) *Dicha jurisprudencia nacional 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; y 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 7.1 de la Directiva 93/13/CEE."*

Así mismo, la nulidad de la citada cláusula exige su eliminación del contrato de préstamo y la obligación de inaplicar la misma en lo sucesivo.

#### CUARTO.- Intereses:

En materia de intereses, tratándose de un supuesto de nulidad contractual, el devengo de los mismos se computará desde el momento en que se produjo el desembolso de las cantidades, así como los diferentes cobros. Señala nuestra jurisprudencia que la obligación de restituir no nace del contrato anulado, sino de la ley, por lo que no es necesaria petición de parte a este respecto, tratándose de una consecuencia ineludible. Los efectos de dicha figura legal operan *ex tunc*, lo que conlleva la obligación de restituir lo que cada parte hubiera recibido de la otra en razón del vínculo obligacional, de manera que las partes afectadas vuelvan a la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, la reposición de las cosas al momento de la celebración.

En el presente caso, y para el caso de que del nuevo cálculo de los intereses se desprenda que el prestatario hubiere abonado en concepto de intereses una cantidad superior a la que le correspondería una vez eliminada la cláusula suelo, es evidente que surgirá un deber de reintegro de la entidad prestamista que habrá de computarse en los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, esto es, desde el momento de la celebración del contrato, y cuya liquidación habrá de verificarse en ejecución de sentencia.

QUINTO.- Costas.-

La parte demandada soportará las costas procesales que ha causado por el principio cuasiobjetivo de vencimiento del art. 394.1 LEC para los declarativos de primera instancia, sin asumir en su porción serias dudas de derecho (STS de 4 de julio de 2017).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la autoridad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> María Pascual Miravalles, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra la Entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA) y en consecuencia,

DECLARO la NULIDAD de la cláusula TERCERA BIS de la escritura de préstamo hipotecario de fecha veintinueve de abril de dos mil cuatro, relativa a la inclusión del IRPH CONJUNTO ENTIDADES, por entender que la misma constituye una condición General de la Contratación, y su carácter abusivo, eliminando dicha cláusula del contrato y prohibiendo su aplicación en lo sucesivo.

CONDENO a la entidad BBVA a que abone al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, resultante de aplicar las condiciones del contrato de préstamo sin la referida cláusula desde su celebración.

Condeno en costas a la parte demandada.

Notifíquese a las partes esta sentencia.

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

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 353200000439.17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (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.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en BARAKALDO (BIZKAIA), a treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.



**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1ZK.KO  
MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA  
DONOSTIA / SAN SEBASTIAN**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1.3ª Planta - C.P. /PK: 20012  
TEL.: 943 00 07 29  
FAX: 943 00 43 86

NIG PV/IZO EAE: 20.05.2-13/012606  
NIG CGPJ / IZO BJKN: 20.069.47.1-2013/0012606  
Procedimiento / Prozedura: Proc. Ordinario / Prozedura arrunta 1109/2013 – Genérico

Materia: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

Demandante / Demandatzailea: D. F..., Dª Z..., D. P... y D.  
M....  
Abogado / Abokatua: Dª MAITE ORTÍZ  
Procurador / Prokuradorea: Dª AINHOA KINTANA

Demandado / Demandatza: KUTXABANK S.A.  
Abogado / Abokatua: Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR  
Procurador / Prokuradorea: D. SANTIAGO TAMES ALONSO

Favorable IRPH  
Euribor + 1 punto  
sustituido  
con costes **5e**

**SENTENCIA nº /2014**

En Donostia / San Sebastián, a treinta de septiembre de dos mil catorce

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 1109/2014, instados por el Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. F..., Dª Z..., D. P... y D. M..., mayores de edad, domiciliados en XXX (Gipuzkoa), asistida de la letrada Dª MAITE ORTÍZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Donostia / San Sebastián, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido de la letrada Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. F..., Dª Z..., D. P... y D. M..., interpuso demanda frente a KUTXABANK S.A., alegando que el 1 de agosto de 2007 los dos primeros habían suscrito un contrato de compraventa con subrogación de hipoteca para adquirir la vivienda en que residen, a cuyo fin también suscriben un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 330.000 €, de veinte años de duración, con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa.

En dicho contrato se había establecido un tipo de interés fijo para 24 meses de 5,5 %, y variable el resto del tiempo. El mismo se calcularía con el tipo nominal del IRPH Cajas, acordándose que para el caso que desapareciera sería sustituido por Euribor más 1 punto. El 27 de enero de 2009 se nova lo acordado en cuanto que se dispone un plazo de carencia de un año, por las dificultades económicas que padecen los prestatarios, manteniéndose el resto de las condiciones idénticas. Posteriormente el 15 de junio de 2012 vuelve a novarse lo pactado, también por las dificultades económicas de los prestatarios, que supone incrementar el plazo de amortización de veinte a veintiocho años, incorporándose los nuevos propietarios, hijos de

los prestatarios iniciales, D. P... y D. M..., fijándose como nueva cantidad adeudada 330.000 €, y señalándose como índice de referencia para el interés variable el IRPH entidades.

Sostiene la demandante que toda esta operación en realidad perjudicó a los prestatarios, porque supuso mantener un tipo de interés mucho más elevado que el Euribor más un punto que debía aplicarse al estar prevista, de forma inminente al otorgamiento de la segunda escritura de novación, la supresión del IRPH Cajas. La falta de información padecida al respecto, que imputa a la entidad prestamista, supone a juicio de los demandantes haber incurrido en error o dolo como vicio del consentimiento, por lo que entienden que la escritura de novación de 15 de junio de 2012 es nula y no debe surtir efecto alguno.

Añaden que en la misma D. P... y D. M... se constituyeron en fiadores, acuerdo de afianzamiento respecto del cual también se pide la nulidad por estar en conexión con la novación cuya nulidad se insta con carácter principal.

**SEGUNDO.-** La demanda fue admitida, tras subsanarse la omisión de tasa, mediante decreto de 6 de febrero de 2014 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

**TERCERO.-** En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., sucesora de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, que se opone a la demanda, alegando que los demandantes cuentan con varias hipotecas sobre distintos bienes, que el producto llamado “Hipoteca alivio” tenía por finalidad permitir a quien había sufrido merma de sus ingresos afrontar sus obligaciones, que en definitiva se alcanzó una fórmula de refinanciación que favorecía a los clientes, que toda la información precisa fue facilitada por la entidad, que no se impuso ningún tipo de interés variable sino que fue objeto de negociación, que no ha habido trampa o dolo, ni los clientes han incurrido en error, que el IRPH entidades es un tipo oficial válido y eficaz, y que por todo ello no se incurre en los defectos pretendidos, ni cabe acordar la nulidad ni del acuerdo de novación ni de la fianza que fue constituida, por lo que solicita la desestimación de la demanda.

**CUARTO.-** En diligencia de 20 de marzo se tuvo por personado y parte a la demandada y se citó a las partes a audiencia previa el 11 de abril, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra. No se realizaron alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, en ambos casos exclusivamente documental, testifical e interrogatorio de parte, señalándose para la celebración de juicio con citación de las partes.

**QUINTO.-** Llegado tal día se practicó la prueba admitida por su orden y tras realizada cada una de las partes alegaciones sobre hechos y fundamentos de derecho de sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El 1 de agosto de 2007 D. F... y Dª Z..., padres de D. P... y D. M..., con el fin de adquirir una vivienda en XXXa se subrogan en el préstamo que el vendedor había suscrito con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa

eta Donostiako Aurrezki Kutxa, por importe de 330.000 €, de veinte años de duración, con un tipo de interés fijo para 24 meses de 5,5 %, y variable el resto del tiempo, referenciado al IRPH CAJAS, acordándose que para el caso que desapareciera sería sustituido por Euribor más 1 punto.

**SEGUNDO.-** El 27 de enero de 2009 se nova lo acordado en cuanto que se dispone un plazo de carencia de un año, por las dificultades económicas que padecen los prestatarios, manteniéndose el resto de las condiciones idénticas.

**TERCERO.-** El 15 de junio de 2012 vuelve a novarse lo pactado, también por las dificultades económicas de los prestatarios, que supone incrementar el plazo de amortización de veinte a veintiocho años, incorporándose los nuevos propietarios, hijos de los prestatarios iniciales, D. P... y D. M... como fiadores, fijándose como nueva cantidad adeudada 330.000 €, y señalándose como índice de referencia para el interés variable el IRPH entidades.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Hechos probados**

El art. 217 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El **primero de los hechos que se han declarado probados** se desprende del doc. nº 2 de la demanda (folios 39 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El **segundo hecho probado** lo acredita el doc. nº 3 de la demanda, folio 59 de los autos, escritura de novación modificativa suscrito por las mismas partes que el anterior, disponiéndose un plazo de carencia de un año.

El **tercer hecho probado** se constata del doc. nº 5 de la demanda, folios 74 y ss, donde consta la escritura de modificación, la ampliación del plazo a 28 años (folios 80 y 81) y el importe adeudado a 330.000 € (folio 79), y la mención del índice variable como IRPH entidades (folio 79).

En cuanto a la condición de fiadores de los hijos, aparece en la póliza de afianzamiento de la misma fecha que la escritura de novación anterior, doc. nº 6 de la demanda, folios 88 y ss de los autos.

Lo demás se desprende del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

### **SEGUNDO.- Sobre el dolo como vicio de la voluntad**

Sostienen los demandantes que cuando en la escritura de novación de 15 de junio de 2012 se altera el IRPH, que pasa de ser IRPH Cajas a IRPH entidades, se produce una

actuación dolosa de la caja prestamista, que justifica que se haya incurrido en dolo. Desde las partidas se considera al dolo como el *“mal engaño que hacen algunos omes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas que dicen con intención de los engañar e de los recibir”*.

En la actualidad el art. 1269 del Código Civil (CCv) considera el dolo como aquella actuación que, con palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes, induce al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Ha dicho al respecto la STS de 5 de marzo de 2010, rec. 2559/2005, que esas *“palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario”*. Cabe, por tanto, un dolo activo pero también incurrir en dolo por omisión, lo que sucede cuando se escamotea información precisa para formar la voluntad de uno de los contratantes de forma correcta.

Niega la entidad demandada que haya incurrido en tal práctica, porque asegura que informó al cliente, lo que evidencia tanto la escritura firmada ante el notario como el doc. nº 3 de la contestación a la demanda, folio 127 de los autos, que es la *“solicitud de modificaciones a un préstamo”*, firmada por D. F..., que efectivamente en juicio reconoce haber suscrito dicho documento. En el mismo aparece en el apartado *“Referencias variables”*, bajo la casilla *“condiciones actuales”*, IRPH CAJAS TAE 12 m Semestral, y bajo la casilla *“Nuevas condiciones”* IRPH CONJ. ENT TAE 12 Anual. Si ahí se señalaba el cambio que se denuncia, considera que no se incurre en dolo porque se conocían por escrito dichas condiciones.

Sin embargo la actora presenta como doc. nº 4 de la demanda, folios 69 y ss, un conjunto manuscrito, cuya autenticidad no niega la testigo D<sup>a</sup> Maricruz Fernández, empleada de la caja, en la que a lo largo de varias páginas se detalla la operación coincidiendo con las modificaciones que luego recoge la escritura de novación. Y en esos folios no se hace referencia alguna al cambio de índice, de modo que parece bastante creíble la afirmación de D. F... de que no se informó de tal cambio, y poco probable la tesis de la empleada de la entidad que mantiene lo contrario.

Si se hubiera querido cambiar el índice se habría hecho constar también en esos documentos, pero no aparece dato al respecto. Luego se firma la solicitud por el cliente, y en ella aparece el cambio. Pero el mismo es tan nimio, pues el IRPH pasa de llamarse CAJAS a ser CONJ. ENT, que parece verosímil que pasara desapercibido al firmar ese documento, e incluso en su lectura en la notaría, como ha destacado, para otro tipo de cláusulas la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, § 212, cuando explica que hay datos que pueden no percibirse ante el abrumador conjunto de cláusulas que tienen que relatarse.

La cuestión es relevante porque el IRPH Cajas iba a desaparecer, y en consecuencia, operaría el índice sustitutivo, es decir, Euribor más 1 %. En cambio el índice IRPH conjunto entidades no iba a suprimirse, de modo que operaría durante toda la extensa vida del contrato, inicialmente de veinte años, y en la ampliada otros ochos años más tras la novación.

Recordemos que la STS de 30 de diciembre de 2009, rec. 1673/2005, dice que el dolo *“también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido”*. Si la entidad consigue convencer al cliente que renuncie a un índice que iba a desaparecer, el IRPH Cajas, por lo que operaría otro notablemente inferior, el Euribor + 1 %, y que se opte por otro que no iba a suprimirse, el IRPH conjunto entidades, que es notablemente superior al Euribor + 1 %, parece que se incurre en la conducta reticente, en la falta de información perjudicial, que señala la jurisprudencia como constitutiva del dolo.

### TERCERO.- Sobre los requisitos para apreciar el dolo

La STS 26 marzo 2009, rec. 223/2005, resume los requisitos para que pueda apreciarse el dolo como vicio del consentimiento. En primer lugar, uso de maquinaciones engañosas, o conducta insidiosa del sujeto que lo causa, que puede consistir en acciones como en omisiones. Tal maquinación se aprecia en ofrecer una negociación para facilitar la refinanciación de la deuda, no hacer referencia en los documentos que sirven para la misma al cambio de tipo de interés variable, y luego introducir otro que es claramente favorable al prestamista, pues evita que opere el inicialmente pactado como sustitutivo.

En segundo lugar es preciso que la inducción que ocasionan las maniobras dolosas sobre la voluntad de la otra parte sean tales que le determine a celebrar el negocio. Los clientes, en este caso, creían que estaban refinanciando la deuda con una ampliación del plazo, del importe de la deuda reconocida y de las garantías ofrecidas, al incorporarse una fianza. Lo que no consta es que supieran que el tipo de interés se iba a cambiar, perdiendo así la posibilidad de reducir en varios puntos el importe del tipo de interés variable que habían pactado.

El tercer requisito es la gravedad de la conducta, como menciona el art. 1270 CCv, que concurre en este caso al no constar advertencia expresa de la entidad bancaria de que el IRPH Cajas iba a desaparecer, y por lo tanto, cabía la posibilidad de acogerse a un tipo de interés variable mucho más conveniente para el cliente. Hay que recordar, al respecto, que la exigencia de buena fe que con carácter general dispone el art. 7.1 CCv se refuerza para los contratos en el art. 1258 CCv, pero que además las exigencias "*conformes a la buena fe, el uso y la ley*" se incrementan, cuando se trata de contratos bancarios, como sucede, por ejemplo, con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, habitualmente conocida por su denominación inglesa, Markets in Financial Instruments Directive, por lo que usualmente la reconocemos por su acrónimo MiFID. Así lo entiende, por ejemplo, la SAP Cantabria, Secc. 4ª, de 25 de octubre de 2012, rec. 595/2011, cuando señala que el deber general de buena fe queda así reforzado en la disciplina bancaria con relación a sus clientes.

En un caso como el que se analiza la entidad bancaria debió advertir al cliente, por un lado, que el IRPH Cajas iba a desaparecer, y por otro, que la decisión de sustituirlo por el IRPH conjunto entidades no era neutra, porque este último ha sido siempre notablemente superior en importe al Euribor, superando con creces el diferencial de 1 punto que se añadía en el préstamo inicial para el caso de que la referencia del interés variable desapareciera. Al no facilitarse ese dato se incurre en una omisión grave, que impide al cliente representarse las verdaderas consecuencias de la novación.

El último requisito para que se aprecie el dolo, según la jurisprudencia citada, es que no sea causado por tercero, ni empleado por ambos contratantes, tal y como subraya el art. 1270 CCv. No hay tercero que intervenga en la negociación entre las partes que novan el préstamo inicial. Además no hay dato o indicio que evidencie que los clientes conocían las graves consecuencias que les acarrearía el cambio de tipo de interés variable.

En definitiva, los requisitos concurren si se aprecia cumplida prueba de la conducta merecedora de la consideración de dolo. Así acontece en este caso, pues la documental presentada por la actora y cuya autenticidad no niega la otra parte pone de manifiesto que en la negociación no se mencionó el cambio de índice del tipo de interés variable, y sin embargo con una mínima alteración, el cambio de Cajas por Conj. Ent., se produce una alteración sustancial del tipo que se habría de abonar, que ya no podrá ser uno de importe mucho más reducido, el Euribor incrementado por un punto porcentual, sino otro mucho más perjudicial que supera en varios puntos el que podría haberse aplicado de no introducirse ese cambio.

Dice la citada STS 26 marzo 2009, rec. 223/2005, que a su vez cita la STS 11 julio 2007, que *"el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada -STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTs 23-7 y 31-12-98-, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico -STS 19.7.06-"*.

En definitiva, el vicio del consentimiento señalado concurre, lo que supone, en aplicación de los arts. 1265 y 1269 CCv, la nulidad de la escritura de novación de 15 de julio de 2012 suscrita por los litigantes.

#### **CUARTO.- Sobre el error**

Alegan también los demandantes que se incurre en el error como vicio del consentimiento que describe el art. 1266 CCv. Apreciado el dolo, resultaría ocioso entrar en el análisis de este segundo requisito. No obstante es conveniente verificarlo para dar respuesta a cuantas pretensiones aducen las partes en sus respectivos escritos alegatorios. El art. 1266 CCv dispone como requisitos del error que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquéllas condiciones que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo. Añade la STS 21 mayo 1997, rec. 1342/1993 que para que pueda apreciarse debe darse en el momento en que se perfecciona el contrato.

Admitiendo que, como expresa la STS de 21 de abril de 2004, rec. 1791/1998, la voluntad se presume libre, consciente y espontáneamente manifestada, es posible, como señala esta resolución y otras muchas (STS 11 diciembre 2006, rec. 239/2000, 17 julio 2006, rec. 873/2000), que el consentimiento puede quedar viciado cuando se emite erróneamente. Para ello debe suceder que *"...la voluntad del contratante se forme a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas-. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea"*.

Como el art. 1.266 CCv exige que para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, es preciso que el error sea esencial (STS 15 de noviembre de 2012, rec. 2091/2010, STS 21 noviembre de 2011, rec. 1729/2010, 29 octubre 2013, rec. 1972/2011, STS 20 enero 2014, rec. 879/2012), lo que supone que ha de *"proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa"* (STS 29 octubre 2013, rec. 1972/2011)

En este caso lo esencial es que el tipo de interés varía notablemente según se mantenga el inicialmente pactado IRPH Cajas, o se pase al IRPH Conj. Ent., porque aunque ambos sean semejantes, el primero iba a desaparecer, y si esto acontecía, operaba la previsión contractual dispuesta por las partes conforme al principio de libertad contractual que recoge el art. 1255 CCv, de modo que el cliente podría abonar el tipo de interés variable al Euribor + 1 %, de importe notablemente inferior al que luego se fijó. Si los clientes hubieran sabido de tal diferencia, teniendo en cuenta la gran duración del contrato y la ampliación a que se somete, no hubieran aceptado la novación, porque el perjuicio que padecen con la alteración del tipo de interés variable es muy relevante económicamente.

Es necesario, además, que el error sea excusable, de modo que se haya empleado por quien contrata la diligencia exigible en las circunstancias que concurren (STS 13 mayo 2009, rec. 2098/2004). Dice al respecto la STS 17 de julio de 2006, rec. 873/2000, que el error no debe ser “... imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero, RJ 1994\1096, y de 3 de marzo de 1994, RJ 1994\1645, que se citan en la de 12 de julio de 2002, RJ 2002\7145, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005, RJ 2005\1680)”.

Pues bien, para analizar este requisito debe recordarse la obligación en la contratación bancaria de facilitar información suficiente al cliente, que está en una situación de igualdad formal pero desigualdad material, como señala la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz. Tal obligación no se ha atendido en este caso, sin que pueda imputarse al cliente desconocimiento sobre la cercana desaparición del índice que se estaba usando, dato que no tenía que conocer si no se le facilitaba información al respecto, explicación que no se facilitó, pues no se alega en tal sentido por la entidad prestamista, y que tampoco aparece en la documental que recoge la negociación habida entre las partes, doc. nº 4 de la demanda.

En definitiva, también se aprecia, en este caso, la concurrencia del error a que alude el art. 1265 CCv, por lo que debe reputarse nula conforme al art. 1265 CCv la novación habida el 15 de julio de 2012.

#### **QUINTO.- Sobre la fianza**

Instan también los demandantes la nulidad de la póliza de afianzamiento que sus hijos suscriben al tiempo que la novación cuya nulidad es procedente. La fianza es un contrato accesorio, que no puede subsistir, según el art. 1824 CCv, sin una obligación válida. La obligación a la que servía es la contenida en la novación de 15 de julio de 2012, que se ha declarado nula por concurrir los vicios del consentimiento expresados en los dos anteriores ordinales.

En consecuencia la garantía accesoria no puede operar, puesto que los fiadores, hijos de los primitivos prestatarios, se incorporan al contrato a partir de esta novación declarada

nula. Es procedente por ello estimar también esta pretensión, lo que supone, en definitiva, la íntegra estimación de la demanda.

#### **SEXTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad**

Dispone el art. 1303 CCv que declara la nulidad de una obligación las partes habrán de restituirse recíprocamente las prestaciones que se hubieran otorgado. Esta obligación es consecuencia *ex lege* de la nulidad y por lo tanto opera incluso si las partes no lo solicitan, aunque en este caso la demanda tiene solicitud expresa al respecto.

Será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura de novación de 15 de julio de 2012, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice sustitutivo Euribor + 1 %, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos.

#### **SÉPTIMO.- Costas**

Conforme al art. 394.1 LEC las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey pronuncio el siguiente

### **F A L L O**

1.- **ESTIMAR íntegramente** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. F..., D<sup>a</sup> Z..., D. P... y D. M..., frente a KUTXABANK S.A.

2.- **DECLARAR** la nulidad de la escritura de novación y el contrato de fianza otorgados el 15 de julio de 2012 entre D. F..., D<sup>a</sup> Z..., D. P... y D. M..., y KUTXABANK S.A.

3.- **CONDENAR** a Kutxabank S.A. a restituir a los demandantes las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la escritura de novación de 15 de julio de 2012, debiendo reducirse el interés al Euribor + 1 %, más el interés legal devengado desde cada cobro indebido hasta la completa satisfacción de los demandantes, a todo lo cual se añadirá desde esta fecha interés legal elevado en dos puntos hasta el completo pago a los actores.

4.- **CONDENAR** a Kutxabank S.A. al pago de las costas de este procedimiento.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455.1 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados.

(artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (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.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** La sentencia transcrita fue leída y publicada por SSª en audiencia de hoy. Doy fe.



JDO. DE LO MERCANTIL N. 12  
MADRID

Favable IRPH

Envío sin diligencias

SENTENCIA: 00170/2014

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 823/2013.

**SENTENCIA**

COLEGIO DE ABOGADOS PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
10 OCT 2014	13 OCT 2014
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

En Madrid, a 3 de octubre de 2014

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 823/2013 a instancia de DOÑA

Y DOÑA , representados por la Procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla y bajo la Dirección Letrada de Don Carlos Haering Rodríguez, contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A.; representada por la Procuradora Doña Soledad Gallo Sallent y bajo la Dirección Letrada de Doña Elena Valero Galaz.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El día 29 de noviembre de 2013, se presentó escrito por el que DOÑA

Y DOÑA , representados por la Procuradora Doña Mercedes Caro Bonilla, formuló demanda de Juicio Ordinario de acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A..

**SEGUNDO.**- Por Decreto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada.

**TERCERO.**- Con fecha de 13 de febrero de 2014, por la Procuradora Doña Soledad Gallo Sallent, en nombre y representación de UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. se presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a ésta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por oportuno.

**CUARTO.**- Señalada la Audiencia para el día 1 de octubre de 2014, se celebró con la comparecencia de la debida

representación y defensa de la parte actora y de la parte demandada, en ella las partes propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente, declarándose la pertinencia de diversa documental, del modo que consta en el acta y soporte audiovisual; quedando los autos vistos para sentencia en aplicación del art. 429.8 LEC.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DONA ..... Y DOÑA ....., ejercitan acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad contra UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A.

En efecto, los actores suplican sentencia:

1.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la CLÁUSULA TERCERA BIS.2 estipulación inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2.- Condene a la entidad financiera demandada a eliminarla del contrato.

3.- Condene a la demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado.

4.- Condenar a la demandada a devolver a la demandante las cantidades resultantes del cobro de intereses, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección del demandante.

5.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

Con carácter subsidiario:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la "Cláusula Tercera. Bis.2" estipulación inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demanda a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable, o ~~alternativamente~~ a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato (0,66 %) desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable.

4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del exceso de intereses cobrado a mis mandantes en virtud de la cláusula nula, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados de más en virtud de dicha cláusula al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de la demandante y,

5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. comienza oponiendo caducidad de la acción de nulidad, así como defectuosa formulación del petitum de la demanda.

Respecto a la primera de tales cuestiones, se acordó su decisión en resolución sobre el fondo de la cuestión. Respecto de la segunda, se resolvió en el acto de la audiencia previa; debiéndose estar a la grabación audiovisual.

En definitiva, suplica sentencia desestimatoria.

**SEGUNDO.**- No obstante lo expuesto, la entidad demandada opone caducidad de la acción.

A este respecto, argumenta que la acción de nulidad caduca a los cuatro años y que el día a quo del plazo de cuatro años es el de la consumación del contrato, entendiéndose por tal el de la perfección del mismo, esto es, el día 14 de noviembre de 2005.

Ciertamente, el artículo 1301 del CC establece que la acción de nulidad sólo durara cuatro años. Y en interpretación de este precepto legal ha señalado la doctrina jurisprudencial, en primer lugar, que el plazo de cuatro años fijado para el ejercicio de las acciones de nulidad relativa o anulabilidad no ha sido entendido en forma unánime como de caducidad, y así lo decidió la STS de 27 de febrero de 1997 ( que cita las de 25 de abril de 1960, de 28 de marzo de 1965, de 18 de octubre de 1974, de 27 de marzo de 1987 y de 27 de marzo de

1989 ) al declarar que el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad (en el mismo sentido, la STS de 1 de febrero de 2002 ).

Y, en segundo término, que tal plazo empezará a contarse, no desde la perfección del contrato, sino desde su consumación, es decir, cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes...

Para que no quede ninguna duda, la STS de 11 de junio de 2003 , aclara la cuestión, con remisión amplia a otros numerosos precedentes, en éstos términos: ...En orden a cuando se produce la consumación del contrato (...), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (...) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (...) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (...) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó. Tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, NO de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, SINO QUE la misma no podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del CC ....

Por lo tanto, no puede entenderse ni caducada, ni prescrita la acción, dada la argumentación expuesta.

**TERCERO.-** Cabe apreciar que en la demanda se comienza exponiendo que DOÑA

Y DOÑA  
suscribieron con la demandada, en fecha de 14 de noviembre de 2005 préstamo con garantía hipotecaria.

Asimismo, con carácter previo la parte actora aduce nulidad de la cláusula de tipo de interés variable. Así alega que la "cláusula IRPH" fija el interés variable mediante un índice de referencia IRPH, que carece de valor objetivo, al ser influenciado por las propias entidades, adicionándole un margen constante.



Ciertamente, en el año 2009, la Unión Europea ordenó la desaparición definitiva de los índices IRPH por ser susceptibles de manipulación, sustituyéndose desde el 1 de noviembre de 2013 estos índices.

Asimismo mediante Orden Ministerial 2899/2011, el tipo de interés IRPH Cajas dejó de ser un tipo de interés oficial.

La entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. cita la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Circular 5/1994, de 22 de julio y Circular 7/1999, de 29 de junio en apoyo de su alegación sobre su licitud y calificación del mismo como tipo oficial.

**CUARTO.-** En primer lugar, la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Cajas en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

La demandante considera que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una de las partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y de transparencia.

De contrario, en primer lugar aducen que no nos encontramos ante una condición general de la contratación y que, en el momento de firma de la operación, se dio cumplimiento a la legalidad vigente.

En primer lugar, el art. 82 l. del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su apartado primero que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

En tal sentido, cabe traer a colación la EJM, Mercantil N° 1 de Burgos de fecha 11 de Mayo del 2011: Centra la parte demandante su acción de nulidad en el hecho de que la existencia de los préstamos hipotecarios de cláusulas de suelo o "floor" que quedan muy por encima de los actuales tipos de interés, impiden a los prestatarios beneficiarse de la bajada de tipos (Euribor), las citadas cláusulas son utilizadas por las Entidades Financieras para protegerse de una eventual caída del índice de referencia de los tipos de interés por

debajo de ciertos niveles. Estas cláusulas también se conocen, a nivel técnico, como cláusula de tipo de interés mínimo en el préstamo hipotecario, siendo su función la de fijar el tipo de intereses que deberá abonar el hipotecado con independencia de la situación económica. De esta manera, el suelo hipotecario determina los intereses mínimos que tendrá que abonar el hipotecado aún cuando la suma del índice de referencia más diferencial fuera menor. Es un seguro de protección de las Entidades Bancarias para momentos en los que el Euribor fuera demasiado bajo. (...) En este sentido debería haberse acreditado que esa posibilidad real de negociación se da en un porcentaje significativo de los contratos suscritos (...)

Tal es la interpretación que dimana de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999, citada en la sentencia de la AP de Madrid de 2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, indicaba que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (con la interpretación que hace Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de junio de 2010), que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

A este respecto y en el caso que nos ocupa, la parte demandada no ha acreditado que cláusula en cuestión no haya sido incorporada a un número significativo de contratos, como ya se ha indicado.

Ahora bien, la parte actora se centra en lo manipulable del IRPH Cajas, que considera se conforma con participación de la parte demandada.

Llegados a este punto, no puede entenderse aplicable lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden, dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", ya que el índice IRPH no lo determinaba individualmente la parte demandada, sino que su determinación se efectuaba en función de los datos conferidos por ésta y por las demás cajas, por lo tanto, ponderando un buen número de operaciones entre prestamistas y prestatarios.

El índice de referencia controvertido se prevé en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Circular 5/1994, de 22 de julio y Circular 7/1999, de 29 de junio. De forma que, cabe convenir con la demandada que tales Circulares avalan, al momento de firma de la operación, la corrección de acudir a tal índice de referencia.

No obstante, los tipos de interés de referencia oficiales son los que se establecen en el artículo 27 de la Orden

ENA/2899/2011, de 28 de octubre y se definen en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular del Banco de España 5/2012.

Efectivamente la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) supone, el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, en primer lugar, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y europeo, y por otro, con el fin de incrementar las alternativas de elección de tipo ajustándolas al coste real.

Llegados a este punto, jurisprudencia y doctrina han venido recordando que el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice "Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la Directiva". Y el considerando decimonoveno dice: "Considerando que, a los efectos de la Directiva, 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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio".

En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice "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".

Así, la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (S. 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de esta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2", Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del

carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

Muy recientemente en las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 12 febrero 2014, caso Arpad Kásler, C-26/13; vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que puede apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art 4.2 de la misma, esgrimido por Kutxabank S.A. como impedimento para analizar la cláusula controvertida, que es referenciar al IRPH Cajas el préstamo de autos, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución. Y, a la misma conclusión cabe llegar partiendo del tenor de la STS de 9 de mayo de 2013.

Pero, si bien una cláusula que constituye el núcleo del contrato no está exenta de control,

Pero, si bien una cláusula que constituye el núcleo del contrato no está exenta de control, en este concreto caso se pretende la declaración de nulidad del cálculo de interés que acoge el IRPH, que ha venido siendo regulado por sucesivas Circulares del Banco de España, lo que lleva a concluir la validez de las mismas, y que, en modo alguno, cabe reputarla nula.

Así, en ejercicio de su libertad contractual, proclamada por el art. 1255 Código Civil (CCv), las partes acogieron tal

índice a modo de calcular el interés variable, siendo éste un término que se reconoce por la mayor parte de la población, por el control que del mismo se realiza por las instituciones, y que, si bien, no es de sencillo cálculo para un profano, tal cálculo lo publicita de forma periódica el Banco de España en los diarios oficiales.

De forma que, las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellas conforme al principio *pacta sunt servanda* que proclaman los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CCv y la jurisprudencia recogida, entre otras muchas, por las STS 6 mayo 2013, rec. 223/2011, 21 febrero 2014, rec. 406/2013.

Y, como criterio interpretativo, procede la cita de la SAP de Madrid, Sección 28ª, de fecha 27 de marzo de 2014, que, si bien referida al EURIBOR, establece "Igualmente resulta insostenible la pretensión de nulidad desde la óptica de la aplicación del índice de referencia EURIBOR, cuestión que bien es cierto no ha sido abordada por la resolución recurrida, sustentada en que dicho índice de referencia se encontraba sujeto a investigación por parte de la Comisión Europea al ser susceptible de manipulación por determinadas entidades de crédito, lo que ya ha dado lugar en el momento actual a determinadas sanciones, en tanto que la aplicación de dicho índice, por lo demás utilizado en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios suscritos en España desde hace tiempo, afectaría por igual en este caso a prestataria y prestamista que no se encuentra en el presente caso incurso dentro de la investigación a la que se refiere la apelante por lo que debe descartarse el carácter abusivo por la simple utilización de un índice de referencia que no altera el equilibrio de las prestaciones y, aunque fuera predispuesto, usual en la práctica bancaria.

Además conviene indicar que otros tipos de índices resultan igualmente manipulables, al margen de encarecer los préstamos hipotecarios, y así en el año 2009 la Unión Europea ordenó la desaparición definitiva de los índices IRPH por ser susceptibles de manipulación, sustituyéndose desde el 1 de noviembre de 2013 estos índices por el IRPH Entidades pero se han mantenido las circunstancias que levantaron la voz de alarma en la UE, debiendo concluirse que cuando se establece un índice de referencia se busca que este sea objetivo y que fluctúe como consecuencia de la acción del mercado, algo que sólo es posible si hay una gran cantidad de oferentes y demandantes."

**QUINTO.** - Ahora bien, al momento del dictado de la presente, el IRPH Cajas ha desaparecido como índice oficial. Y, si ponderamos en contenido íntegro de la cláusula relativa a los intereses, si bien de difícil lectura dada la copia aportada, vemos como constan índices de referencia sustitutivos para el caso de que acaeciera su desaparición.

Así, vemos que tal previsión consta en el punto b) de la citada CLÁUSULA TERCERA BIS.2.

Luego debiera operar la previsión contractual. Sin embargo la entidad demandada no ha atendido las previsiones contractuales, o, al menos no ha alegado ni mucho menos acreditado que haya modificado el índice de referencia a aplicar al caso.

Pues bien, por una parte, la Orden ENA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) enumera en su art. 27 los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas.

La DT Única. 1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España ha continuado publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011.

Incluso ha publicado una nota informativa el 30 de abril de 2013, en el que explica que "...dichos índices, mientras sigan publicándose, continúan siendo índices válidos para los créditos o préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que a la entrada en vigor de la Orden los tuvieran como índice de referencia" dando a entender que mientras que no se establezca régimen de transición los tipos siguen siendo aplicables.

Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013.. de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), ha dispuesto que "Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los banca, b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato".

Si bien procede la cita de la S.J.Mercantil N.º 1 de San Sebastián de fecha 29 de abril de 2014: "En tal tesitura, y

con respeto a las facultades administrativas., no se comparte la interpretación jurídica del Banco de España. Al contrario, este conjunto normativo debe ser interpretado atendiendo a lo ordenado, de modo reiterado, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha dicho, al interpretar la Directiva 93/11/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que "el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas" ( STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168/05).

La desaparición ha operado, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar, máxime cuando se incumple una norma, la citada OM 2899/2911 que autoproclama en su introducción que "La presente orden viene, por tanto, en uso y cumplimiento de la anterior habilitación a cumplir un triple objetivo. De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito...". Si se pretende proteger al cliente bancario., la hermenéutica de la orden debe ser que desaparece tras el período transitorio de un año desde su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación. Desde entonces, el IRPH Cajas deja de surtir efecto.

En definitiva, cuando menos desde el 29 de julio de 2013, fecha en que cesa la consideración del IRPH Cajas como índice oficial, el contrato de autos tendría que estar siendo remunerado con el índice Euribor + 1 %, porque así lo pactaron las partes. En octubre de 2013, constatado que el índice que se aplica, que ha desaparecido por disposición legal, y que suponía por entonces que la entidad prestamista reciba



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

aproximadamente 3,5 puntos por encima, se presenta la demanda."

Sin embargo, del tenor de la cláusula TERCERA BIS 2 b) "para el supuesto de que la referencia definida (¿) no pudiera aplicarse", lleva a conclusión diversa de la alcanzada en tal sentencia. La referencia a la no aplicabilidad del índice de referencia elegido parece abocar a interpretación diversa, esto es que desde la previsión de no publicación "desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España" inserta en la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI), se debió estar a la mentada cláusula Tercera Bis 2 b), puesto que las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellas conforme al principio pacta sunt servanda que proclaman los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CCv y la jurisprudencia recogida, entre otras muchas, por las STS 6 mayo 2013, rec. 223/2011, 21 febrero 2014, rec. 406/2013.

**SSEXTO.-** Asimismo, con carácter subsidiario se viene a solicitar que fueran calculados los intereses, de acuerdo al EURIBOR. Tal pretensión se funda igualmente en la pretensión declarativa de nulidad de la cláusula TERCERA BIS.2, respecto de la que no se ha apreciado concurrente causa de nulidad.

No obstante, si cabe apreciar que el índice o cláusula IRPH no debió aplicarse desde el 1 de noviembre de 2013, por la previsión legal expuesta, por lo que deberá acogerse en parte la pretensión subsidiaria del actor. Aplicando, en este caso, el principio de unidad de culpa civil y vista la subsidiaria petición de la actora.

Siendo respecto de tal estimación parcial, aplicables los arts. 1101 y 1108 CC.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las costas, resulta de aplicación el art. 394 LEC, que estipula como criterio general para su establecimiento, el del vencimiento. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, además de estimarse parcialmente la demanda, surge seria duda de derecho al existir múltiples y contradictorias resoluciones judiciales en supuestos en que se ejercita la acción que nos ocupa. De ahí que no se deban imponer a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por DOÑA  
Y DOÑA , frente a  
UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., y, en su consecuencia:

Condeno a la entidad financiera demandada a CALCULAR LOS INTERESES PREVISTOS EN LA CLÁUSULA TERCERA BIS 2, tomando como índice de referencia el EURIBOR.

Condenando a la parte demandada al pago de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de dichas estipulaciones, DESDE LA FECHA DE 1 de noviembre de 2013, con el interés legal del dinero, desde tal fecha.

Y ABSUELVO A UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. de los demás pedimentos formulados en su contra.

No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, llévase el original al Libro correspondiente y testimonio a las actuaciones.

EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ART. 150 LEC, POR LA PRESENTE ACUERDO: LA NOTIFICACIÓN DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN AL BANCO DE ESPAÑA, Y EN CONCRETO A La Dirección General de Regulación y Estabilidad Financiera del Banco de España.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que habrá de interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. (art. 457 LEC).

De conformidad con lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª, PUNTO 6 Y 7 y la DISPOSICIÓN FINAL de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; SE INDICA la necesidad de constitución de depósito para recurrir la presente resolución; y el cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

La interposición de recursos precisará la consignación como depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo:



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública, doy fe en Madrid.

**Consulta realizada**

**Búsqueda en Jurisprudencia**

Día y hora:	04-02-2017 19:36:22	
Relevancia:		
Marginal:		
Texto:		
Resumen:		
Voces:		
Tribunal:		
Fecha desde:		Fecha hasta:
Normativa aplicada:		
Disposiciones examinadas:		
Artículos:		

59

1,354

**Juzgado de Primera Instancia**

de Orense Sentencia num. 75/2016 de 30 marzo

JUR/2016/129406

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

**CONSUMIDORES Y USUARIOS; CLAUSULAS ABUSIVAS; NULIDAD; CLAUSULA SUELO;** Procedencia: falta de transparencia en la fase negocial del contrato. Devolución de cantidades: reintegración de las cantidades cobradas en virtud de la referida cláusula, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización excluyendo la cláusula suelo. **NULIDAD DE LA ESTIPULACION INDICE IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES;** Procedencia: no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa. Efectos: sustitución del IRPH por el tipo Euribor más el diferencial comprendido en la primera escritura suscrita entre las partes sobre la misma vivienda; y la devolución de los intereses cobrados de más.

Jurisdicción: Civil

Procedimiento 684/2015

Ponente: Ilnio Sr. D. Eva María Martínez Gallego

**XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00075/2016**

NUEVO EDIFICIO JUZGADOS (2ª PLANTA), RUA VELÁZQUEZ S/N. OURENSE.

Teléfono: 988687097-988687098

Fax: 988687101

SR N04390

N.I.G. : 32054 42 1 2016 0004448

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000684 /2015

Procedimiento origen:7

**Sobre RESOLUCION DE CONTRATO**

DEMANDANTE, DEMANDANTE Dña. Rodrigo , Carla Procuradora Sra. LOURDES LORENZO RIBAGORDA, LOURDES LORENZO RIBAGORDA

Abogada Sra. PAULA GOMEZ JUSTO, PAULA GOMEZ JUSTO DEMANDADO Dña. BANCO PASTOR S.A.

Procuradora Sra. MARIA GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO Abogada Sra. ALFONSO SANCHEZ IZQUIERDO

**SENTENCIA**

En Orense, a 30 de marzo de 2016.

Vistos por mí, Eva María Martínez Gallego, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4, con competencia mercantil de Orense, los presentes autos del **JUICIO ORDINARIO** registrados con el número de 684/2015, seguidos ante este Juzgado entre **DOÑA Carla y D. Rodrigo** representada por la Procuradora Sra. Lourdes Lorenzo Ribagorda y asistida por letrada Sra. Paula Gómez Justo contra la entidad **BANCO PASTOR S.A.U.**, representado por Doña Gloria Sánchez Izquierdo y asistida de la letrada Doña María José Cosmea Rodríguez, ha dictado la siguiente sentencia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por la Procuradora Sra. María José del Río Garriga en nombre y representación de la actora ya referenciada se presentó demanda de juicio ordinario con fecha 31 de julio de 2015 en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la condena de lo consignado en el suplico de su demanda. Por Decreto de fecha 16 de septiembre de 2015 se admitió la demanda y se confirió traslado a la entidad demandada a fin de que contestara dentro del plazo de veinte días, si le convenía.

**SEGUNDO** .- Por la representación en autos de la entidad demandada, se pasó a contestar a la demanda en fecha 21 de octubre de 2015 en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando la desestimación de la demanda, con costas para la actora.

**TERCERO** .- Convocadas las partes a la celebración de la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 16 de febrero de 2016, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos; y habiendo planteado la parte demandada en su contestación a la demanda litispendencia, en base a los argumentos que figuran en su escrito; por la representación procesal de la parte actora se opuso a la estimación de la excepción formulada por la adversa, al entender que cercena la tutela judicial efectiva de su patrocinada y vulnera el art. 24 CE, resolviéndose en la misma Audiencia Previa con base en el art 11.1 LEC siendo recurrida en reposición por la parte demandada con desestimación del mismo, y conlando protesta a los efectos de una eventual apelación.

**CUARTO** .- En la citada Audiencia Previa habiendo sido propuesta por ambas partes exclusivamente prueba documental obrante en autos que no fue impugnada por ninguna de las partes, habiendo solicitado requerimiento a la parte demandada, cumplimentado éste y tras la presentación de las conclusiones por escrito, quedaron los presentes conclusos para dictar Sentencia en fecha 29 de marzo de 2016.

**QUINTO** .- Que en la tramitación del presente se han observado las prescripciones legales.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**

En el presente caso, la parte actora ejercita acción individual de nulidad de condición general de la contratación y solicita de conformidad con el suplico de la demandada que se declare:

1.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3,3 del préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 3'75% y conforme a la fórmula pactada de euribor a 12 meses más 0'75%, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del TRES COMO SETENTA Y CINCO POR CIENTO".

2.- La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3,3 del préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 5% y conforme a la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%, y ello dado la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula IPH-CONJUNTO DE ENTIDADES, cuyo tenor literal es el siguiente:

*R. Pastor*  
*IRPH +*  
*C. Justo*

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual máximo aplicable en este contrato será del CINCO POR CIENTO".

3.- La nulidad de la cláusula de establecimiento del índice de referencia IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES, impuesta a los actores y que consta en la estipulación 3.2 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dicho índice de referencia, debiendo entenderse en su lugar la fórmula de euribor a 12 meses más 0'75%.

4.- Se condene a la entidad demandada a reintegrar a la actora las cantidades que señala de conformidad con el punto 2º del suplico de la demanda, a determinar en ejecución de sentencia.

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

Por su parte, la entidad bancaria demandada señala que existe litispendencia al existir un procedimiento iniciado a instancias de ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid. Subsidiariamente para el caso de que dicha excepción no sea estimada se opone invocando improcedencia del pronunciamiento sobre restitución de cantidades, añadiendo que la citada cláusula supera el control de transparencia, por lo que dicha cláusula no puede ser abusiva, puesto que fue conocida y expresamente aceptada por los demandantes, además de indicar que la fijación de un suelo es determinante del equilibrio entre las partes. Al tiempo señala que dicha cláusula suelo fue negociada con anterioridad, manifestando los actores su conformidad con la misma ante el fedatario público y ello alegando en prueba de ello el documento 2 y 4 de la demanda (escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007 y 4 de abril de 2011 al folio 28 y ss y 51 y ss respectivamente).

De este modo, entiende la entidad bancaria que en virtud de las alegaciones que efectúan, que dicha cláusula en general, confiere estabilidad al mercado financiero, y en tal sentido es beneficiosa tanto para el acreedor (entidad bancaria) como para el deudor (consumidor), puesto que protege un interés público. Pretende el fin legítimo de permitir a la entidad bancaria la recuperación de los costes invertidos para poder ofrecer el producto en las condiciones en que lo hace, y ello beneficia también al consumidor que acude a solicitar el crédito, puesto que le permite obtenerlo en mejores condiciones. Consideran que dicha cláusula no es una condición general, sino un pacto financiero al establecer límites mínimos y máximos, no siendo una cláusula predispuesta de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la Ley de condición Generales de la Contratación que debe interpretarse en relación a la "imposición" con el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Así las cosas, dicha cláusula estaría exenta de ser sometida a control jurisdiccional por ser abusiva, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, al referirse a un elemento esencial del contrato, el precio, y contribuir a la determinación del mismo, tal y como ya puso de manifiesto el informe del Banco de España, antes citado. Invoca, en último lugar, que no existe ninguna desproporción ni desequilibrio económico que justifique la nulidad del establecimiento de límites a la variabilidad del tipo de interés y ello si se parte, alega, de los parámetros que son correctos a su juicio, esto es, la duración del contrato, la imprevisible evolución de los tipos de interés hacia el futuro y la evolución en el pasado de los tipos de interés en un período temporal equivalente al de duración del préstamo hipotecario. Igualmente se alega la condición de empresario del actor por lo que está habituado a este tipo de operaciones financieras. Por todo lo anterior solicitan la desestimación íntegra de la demanda con expresa imposición de las costas procesales.

## SEGUNDO

En relación a la excepción de litispendencia alegada por la parte demandada, dejar constancia que ha sido resuelta debidamente motivada en el acto de la Audiencia. Previa que damos aquí por reproducido para no caer en reiteraciones. No obstante, señalar que la desestimación de dicha excepción se basa en síntesis en la no concurrencia de uno de los requisitos indispensables para la apreciación de dicha excepción, y que es la falta de identidad subjetiva pues ha sido acreditado que la acción que concluyó con la sentencia a la que se hace referencia en dichos escritos, no fue interpuesta por los demandantes sino por una asociación de consumidores y usuarios en los términos previstos en el art. 11 de la LEC que establece "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados", las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses desestimada.

## TERCERO

Analizaremos, en primer lugar, la reclamación tendente a obtener la declaración de nulidad de la cláusula contractual a que se refiere la controversia, cuya existencia y contenido no ha sido negada por ninguna de las partes, por lo que debe aplicarse, respecto de tal extremo, lo dispuesto por el art. 281.3 LEC. Dicha reclamación se basa en el art. 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. El mencionado precepto dispone, en su apartado 1, que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". El apartado 2 establece que "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La referencia debe entenderse hecha al RD Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, a partir del 1 de diciembre de 2007 (fecha en que entró en vigor), que sustituye y deroga a la mencionada ley.

Como ya hemos visto, se discute, en primer lugar, si la cláusula controvertida posee el carácter de condición general de la contratación, y en concreto si fue impuesta por la entidad bancaria. Ello es presupuesto necesario de su posible consideración como abusiva. Conforme al art. 1.1 de la Ley 7/98, "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas 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 parte demandada discute, concretamente, que no fue impuesta por ella, puesto que se aceptó libremente por los actores y que por ello no pueden ser consideradas abusivas. Antes que nada hemos de aclarar que la realidad que contempla el art. 1.1 de la Ley 7/98 son los llamados contratos de adhesión, que se caracterizan porque su contenido viene predeterminado e impuesto por una de las partes (predisponente), mientras que la contraparte (adherente) se limita a aceptar, en bloque, las cláusulas propuestas, sin que exista una previa negociación individualizada del contenido del contrato. Incluso establece el mencionado precepto, en su apartado 2, que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluye la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión". Es decir, que un contrato es de adhesión si, en general, su contenido no ha sido fruto de una previa negociación entre las partes, sino que dicho contenido ha sido propuesto por una y meramente aceptado por la otra, incluso aunque alguna disposición en concreto sí se haya negociado, a la que no se aplicará la normativa especial contenida en la Ley citada.

De este modo, sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, 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 art. 7 de la Ley 7/98, pero no excluye su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.

Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte.

Pues bien, a partir de tal situación, que no prohíbe, sin más, nuestro ordenamiento, como hemos visto, se configuran diversos mecanismos de especial protección para el adherente, precisamente para compensar o corregir la situación de inferioridad en que se encuentra frente al predisponente, y evitar que ésta se aproveche, injustamente, de tal situación. Así lo indica la Exposición de Motivos de la Ley 7/98, que señala que "la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica". Ello quiere decir que el control del carácter abusivo de una cláusula, conforme a la Ley 7/98, no se supedita a que la misma haya sido, o no, libremente consentida por el adherente (la protección del adherente frente a las cláusulas abusivas predeterminadas por el adherente parte de esta base), sino a que haya sido negociada individualmente por el adherente, de la que forma parte dicho control.

## CUARTO

Sentado lo anterior, ha de reseñar por otra parte y ya en el caso concreto que nos ocupa que de la valoración de los contratos de préstamo hipotecario (escritura de préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007 -doc 2 al folio 28 y ss- y 4 de abril de 2011 -doc 4 y 51 y ss) respecto de los cuales se insta la nulidad de la cláusula PRIMERA, expositivo 3, apartado 3.3 - folio 34 vuelto escritura de 2007- y 60 vuelto escritura de 2011, se verifica sin ningún género de dudas -además de no ser un hecho controvertido entre las partes- que se establece de un lado, un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, de modo que, el impacto de estas cláusulas es que se impone al usuario un tipo mínimo de interés fijo cuando los tipos de referencia estén, por una vía o por otra, por debajo de determinados umbrales, así como un tipo fijo al alza que pudiera estimarse que compensa la fijación del suelo.

De este modo, mediante este tipo de cláusulas, se trata de imponer por el predisponente tipos mínimos de interés como se acaba de explicar, y que, aunque esos tipos mínimos pueden estar entre el 3'75% 5'00% u otro porcentaje, no se trata con esta demanda de que se considere abusivo un determinado porcentaje de tipo de interés mínimo, sino que además, estamos ante un contrato que ni tan siquiera tiene establecido un techo en el tipo de interés, dato que deberemos tener también en cuenta a la hora de declarar la nulidad de la cláusula y sus consecuencias jurídicas, pues no contamos ni tan siquiera con una acotación al alza que sirva de límite a las eventuales subidas del tipo de interés.

## QUINTO

Para la resolución de la presente cuestión debemos estar a lo señalado por el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013 así como lo señalado en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015, referida estadísticamente concretamente a la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamos hipotecarios suscritos por la entidad BANCO POPULAR, aquí demandada, cuyos siguientes razonamientos sólo podemos compartir y ello porque en el caso que nos ocupa se ha de tener en cuenta que:

No pueda cuestionarse a priori que las cláusulas controvertidas tengan carácter contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Así lo evidencia la realidad explicitada -no en todos los préstamos hipotecarios se utilizan cláusulas de estabilización del tipo de interés- y no se ha alegado la existencia de normativa que exija que en los préstamos hipotecarios deban pactarse tipos de interés variable ni que exista una norma que indique cuál es la concreta fórmula que debe utilizarse en el caso de que se opte por esta modalidad de préstamo.

En el caso concreto no cuestionan las partes que se trata de cláusulas prerredactadas y, de hecho, la propia regulación sectorial demuestra que se trata de cláusulas predispuestas, que en su aplicación práctica se concretan en ofertas "irrevocables", ello al margen que sobre ello ninguna prueba a aportado la entidad bancaria pues ni tan siquiera ha traído al procedimiento testifical del empleado de la entidad que tramitó la misma o que la firmó en sede notarial. De este modo y de conformidad con la carga de la prueba que cada parte ha de soportar la entidad bancaria no ha acreditado ni propuesto prueba que así lo indique que dicha cláusula no fue prerredactada por la entidad bancaria o fruto de negociación alguna.

De este modo, tan sólo puede estimarse que estamos ante una cláusula destinada por la entidad a ser incluidas en una pluralidad de contratos. Ahora bien, se hace preciso examinar si los pactos que definen el objeto principal de los contratos pueden tener la consideración de condiciones generales. A este respecto y tal y como afirma la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo en su valoración en relación a los requisitos de las condiciones generales, se ha de tener en cuenta que el apartado 1 del artículo 1 LCGC 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".

De este modo, 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:

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

- La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- 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 "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

Siendo así las cosas y analizando las condiciones generales sobre elementos esenciales de los contratos, no podemos olvidar que los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

De este modo, el insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la EM de la LCGC, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones ya que "fija protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello 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".

Pese a todo, y siguiendo a la Sala, la aplicación de las reglas de equilibrio contenidas en la LCGC no se extiende a todo tipo de contratos, ya que, como afirma la referida Exposición de Motivos "desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienación de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley". Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del "objeto principal", por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

Así las cosas, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a corroborar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE, y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces "los legítimos intereses económicos de los mismos".

Por otra parte, no hay duda que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula y la imposición de ésta. Y ello porque el empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. De este modo y como con acierto señala el T.S en dicha sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, "tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...] como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual: "Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo".

De todo lo expuesto sólo es posible concluir que:

- 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.
- 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.
- 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.

Llegados a este punto, se hace preciso analizar la imposición o no de las condiciones generales al consumidor que contrata con la entidad bancaria en el caso que nos ocupa.

Debemos partir de que el artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, 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".

La exégesis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Más aún, cuando se trate de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual sea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992-, en el sentido de que "[s]e le exige que no haya podido influir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

A este respecto, es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo. Y ello máxime cuando se trata de productos o servicios de consumo no habitual y de elevada complejidad técnica, en el que la capacidad real de comparación de ofertas y la posibilidad real de comparación para el consumidor medio es reducida, tratándose con frecuencia de un "cliente cautivo" por la naturaleza de las relaciones mantenidas por los consumidores con "sus" bancos que minoran su capacidad real de elección. En este punto sólo podemos hacer nuestras las palabras del Pleno del Tribunal Supremo en relación a la prueba de los hechos notorios cuando afirma que "El sistema, ante los insuperables costes que pudiera provocar la desconexión entre la "verdad procesal" y la realidad extraprocesal, de acuerdo con la regla clásica *notoria non egerit probatione* [el hecho notorio no precisa prueba], a la que se refieren las STS 95/2009, de 2 de marzo, RC 1561/2003, 114/2009, de 9 de marzo, RC 119/2004, y 706/2010, de 18 de noviembre, RC 896/2007, dispone en el artículo 281.4 LEC que "[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general".

La norma no define qué debe entenderse por "notoriedad absoluta y general" y tal requisito ha sido interpretado con cierto rigor -la STS 57/1998, de 4 de febrero; RC 269/1994, afirma que para que los hechos notorios puedan actuar en el área probatoria del proceso "[...] han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta". Pero es lo cierto que tales exigencias no pueden ser entendidas de forma tan rígida que conviertan la exención de prueba en la necesidad de la diabólica demostración de que el hecho afirmado es conocimiento "general y absoluto" por todos los miembros de la comunidad.

Por ello, se estima suficiente que el tribunal los conozca y tenga la convicción de que tal conocimiento es compartido y está generalizado, en el momento de formular el juicio de hecho -límite temporal-, entre los ciudadanos medios, miembros de la comunidad cuando se trata de materias de interés público, ya entre los consumidores que forman parte del segmento de la comunidad al que los mismos afectan -ámbito de la difusión del conocimiento-, en la que se desarrolla el litigio -límite espacial-, con la lógica consecuencia de que en tal caso, como sostiene la STS 62/2009, de 11 de febrero, RC 1528/2003, quedan exentos de prueba".

A este respecto, afirma que "es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretenda obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como "take it or leave it" -lo tomas o lo dejas-.

Entre ellos, como se ha indicado, se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados -el IC 2000 afirma que "[...] los servicios financieros son grandes consumidores de cláusulas contractuales", y, de hecho, la citada OM de 1994 parte de que el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas. De ahí que imponga determinados deberes de información a los prestamistas y al notario que autoriza la correspondiente escritura.

Más aún, el IC 2000, precisa que "[...] es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo."

En idéntico sentido el IBE afirma de forma expresa en el apartado 3.1. -utilización de cláusulas limitativas a la variación- lo siguiente: "[u]n análisis desagregado de estas prácticas muestra que la aplicación o no de este tipo de cláusulas es, en general, una práctica decidida, en cada momento, por cada una de las entidades para el conjunto de sus operaciones. Por otra parte, también se trata de una práctica que suele aplicarse por las entidades con bastante rigidez. Es decir, la decisión de aplicar o no estas cláusulas se adopta como política comercial de carácter general y se suele ligar a los productos hipotecarios con mayor distribución de cada una. De esta forma, los elementos finales de la cadena de comercialización del producto, normalmente los directores de sucursal, no tienen la facultad diferencial practicados sobre el índice de referencia correspondiente [...] En definitiva, la aplicación de estas cláusulas obedece a decisiones individuales de cada entidad".

Sentado lo anterior se ha de tener en cuenta lo señalado en relación a la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas por la STS de 9 de mayo de 2013 cuando afirma que "aunque la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos, a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l profesional que afirma que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE- "[e]l profesional que afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba", en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla. Así lo evidencia la génesis de la norma. El apartado 3 del artículo 1 del Proyecto de LCGC coincidía literalmente con la previsión transcrita. El apartado fue suprimido del texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior con Competencia Legislativa Plena y por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), ambas de supresión, que, en términos prácticamente idénticos, justificaron la supresión en que tal regla, según la cual la empresa de la Ley 26/1984, lo que constituía "una regla aceptable en la relación empresa-consumidor, supuesto que quedaría cubierto con este artículo 10 bis, pero que no se con consumidores".

De este modo, "si bien cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU -ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o el que se haya impuesto la condición general-, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente. Y esta regla no hay que olvidar que se reitera en el artículo 32 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de octubre de 2008 sobre derechos de los consumidores dispone que "[e]l comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba".

Más aún, de hecho aunque no existiese norma 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, RC 93 / 2009, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva.

Igualmente, señala el TS en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015 en relación a la cláusula sujeta del Banco Popular expresamente que "la cláusula recibe asimismo un tratamiento impropio secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia", añadiendo que coinciden "en que la cláusula sujeta utilizada por el Banco Popular es más clara gramaticalmente en cuanto a su formulación que la utilizada por otras entidades, (...) Pero no se trata de enjuiciar sistemáticamente la conclusión final que establece el sueto en el 450%, sino que tal corolario ha de relacionarse con todos los demás epígrafes del propio contrato relativos al cálculo y determinación del interés variable aplicable. Además, como también indica la resolución, queda envuelta entre un cúmulo de estipulaciones, menciones y datos, dificultando la comprensión efectiva de la realidad resultante, que no es otra que lo efectivamente contrato no era un contrato de préstamo a interés variable, sino un contrato a interés fijo (el 450%) únicamente variable al alza. Es decir, enmascarando que el consumidor no podría beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del mercado de tipos de interés por debajo de dicho porcentaje, sino únicamente verse afectado por las oscilaciones al alza".

Por todo lo anterior, sólo cabe concluir 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 adhiera y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar como aquí ha sucedido. Además, caso de unida a la escritura otorgada en su día ante notario, por lo que solo puede estimarse que no existió, máxime teniendo en cuenta la carga de la prueba que cada parte ha de soportar en la presente litis.
- 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.
- 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.
- La carga de la prueba de que una cláusula premeditada 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.

A ello se ha de añadir que la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, se trata de un fenómeno que "comporta en la actualidad un auténtico modo de contratar", diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y los límites fijados por el legislador, la libertad de empresa permite al empresario diseñar los productos y servicios que ofrece y en qué condiciones, afirmando la STS 99/2009, de 4 de marzo, RC 536/2004, que "la calificación como contrato de adhesión [...] no provoca por ello mismo su nulidad".

Así las cosas, se verifica la existencia de un deber de información que se extiende a una fase precontractual para asegurar en los términos que expone la propia Orden Ministerial anteriormente señalada una mayor capacidad de elección por parte del consumidor. Sin embargo ello no implica que en ejecución de las obligaciones formales establecidas en la OM se despliegue una verdadera fase de negociación entre entidad financiera y consumidor tendente a la inclusión o no de determinadas cláusulas,

salvo supuestos excepcionales determinados por el perfil de cliente. Es más, tal como resulta de la propia orden las cláusulas del tenor de la aquí examinada son prerredactadas en todo caso por la entidad financiera que posteriormente la incorpora primero a la oferta vinculante a la que se refiere el art 5 y posteriormente a la escritura del préstamo, cuyo contenido presume la norma ha de coincidir con la oferta vinculante hasta el punto de imponer el art 7 la obligación de informar al cliente de cualquier divergencia entre uno y otro documento, en lo afectante a las cláusulas financieras. Desprendiéndose de la propia norma que estamos ante cláusulas prerredactadas corresponde al predisponente acreditar que la cláusula ha sido objeto de negociación individual y desde luego de la aplicación de la OM se llega a la conclusión contraria, pues como señalaba en su supuesto semejante la Sentencia del juzgado Mercantil de León de 11 de Marzo de 2011, precisamente presupone que las citadas son redactadas previamente por la propia entidad financiera. Es más, no está de más recordar que la OM 1994 también se refiere a las cláusulas de redondeo, respecto de las que el tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones considerando que se trataría de una condición general de la contratación (por todas Sentencias de 20 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011).

En el hecho controvertido en este procedimiento, se estima acreditado efectivamente la existencia de un contrato de préstamo hipotecario en el que no se establecen cláusulas de limitación de la variación del interés pues fija límites mínimos muy similares y máximos idénticos, hecho solo puede permitir considerar que la cláusula contenida en la condición PRIMERA, apartado 3, estipulación 3.3 de cada uno de los préstamos hipotecarios objeto de impugnación. Ha sido incorporada a una pluralidad indeterminada de contratos, suficiente para considerar que nos encontramos ante una condición general de la contratación.

Y ello aunque la entidad bancaria sostenga que, incluso si las cláusulas controvertidas se califican como condiciones generales de la contratación no deben someterse a la LCGC, y ello porque las denominadas cláusulas "suelo" de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales:

- la OM de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés, comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, modificada por la OM de 12 de junio de 2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, dictada en desarrollo de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, y conforme a su habilitación;
- la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OC.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011 -esta última, posterior a la fecha de la sentencia recurrida-;
- la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares.
- Además, en el ámbito europeo, la propuesta de Directiva n° 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial, admite la legalidad y validez de cualquier modalidad de este tipo de cláusulas.

Siendo así las cosas, se evidencia la existencia de un control en esta materia, pues uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica, a tenor del artículo 51 de la Constitución Española, es la tutela de los legítimos intereses económicos de los consumidores, lo que es determinante de que el Ordenamiento desarrolle una pluralidad de normas que convergen en el intento de garantizar la existencia de mecanismos y procedimientos a tal fin (en este sentido STS 401/2010, de 1 de julio de 2010, RC 1762/2010). Por esta razón, y como bien señala el TS en determinados supuestos el sistema impone un concreto clausulado uniforme e imperativo que facilita al consumidor la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos, lo que se revela especialmente necesario en aquellos en los que la complejidad de los contratos y la identificación de las variables que inciden en el mismo pueden dificultar la comparación de las ofertas existentes en el mercado.

En tales casos, desde la perspectiva del Derecho nacional, con independencia de la discutible "contractualidad" de las condiciones cuando su incorporación al contrato no se impone por una de las partes, sino por una disposición legal o administrativa de carácter general, es lo cierto que el artículo 4.2 LCGC dispone que "[l]a presente Ley no se aplicará [...] Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que [...] vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". De este modo, cuando se trata de condiciones generales utilizadas en contratos con consumidores, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13 indica que "[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas, que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo". A su vez el apartado 2 del artículo 1, dispone que "[f]ijas cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Pero es que a mayores, las reglas transcritas en el anterior apartado han sido interpretadas por el IC 2000 en el sentido de que la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" se refiere a las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo (considerando n° 13) ya que "[e]n el espíritu de la Directiva, se considera asimismo que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas y que, por consiguiente, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva a condición de que los Estados miembros vean por que en ellas no figuren dichas cláusulas (considerando n° 14).

También la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWV Vertrieb AG, C-92/11, apartado 25 afirma que: "[...] tal como se desprende del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas no están sujetas a las disposiciones de la misma", lo que según el apartado 26 "[...] se extiende a las cláusulas que reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto", ya que,

a tenor del apartado 28 "[t]al como defiende la Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en los casos contemplados en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos".

Pues bien, no es este el caso de las "cláusulas suelo", ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato.

En este sentido, la STS 75/2011, de 2 de marzo, RC 33/2003, declara que la finalidad tutiva que procura al consumidor la Orden de 5 de mayo de 1994 en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone, como ya hemos indicado anteriormente, el artículo 2.2 de la propia OM, según el cual "lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resultan de aplicación". Sería, afirma la expresada STS 75/2011, de 2 de marzo, "una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor".

Así las cosas, sólo puede afirmarse la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".

## SEXTO

### NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR FALTA DE TRANSPARENCIA.

El supuesto de hecho sometido a juicio en este caso es similar como ya hemos indicado al resuelto por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 y STS 23 de diciembre de 2015 (en este último caso, en relación al Banco Popular) donde fue analizada la validez de las cláusulas suelo/techo incluidas en los contratos de préstamo a la luz de las normas nacionales y comunitarias que protegen al consumidor (Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Consumidores y Usuarios, Directiva 93/13, SSTJUE de 14.06.12 y 21.03.13). El Pleno del Alto Tribunal en aquel asunto (AUSBANC vs. BBVA, CAJAS RURALES UNIDAS y NCG Banco) declaró "la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores...por: 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 (se insertan de forma conjunta la cláusula suelo con la techo como aparente contraprestación de las mismas); 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 razonable 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" (apartado 7º del fallo).

De este modo, para la adecuada resolución del pleito deberá aplicarse la doctrina jurisprudencial citada y valorarse si, en este caso, concurren las circunstancias que indican la falta de transparencia de la cláusula suelo discutida, sin que sea necesario para declarar la nulidad, que se den todas a la vez, sino solo alguna de ellas, siempre que sea de tal intensidad que la justifique, por falta de claridad (o transparencia). (En palabras del TS: "las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas" y que "no se trata de una relación exhaustiva" ni tampoco debe concluirse que "la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula", para anularla. Auto de aclaración de 03/06/13).

En el presente caso, las pruebas practicadas y de acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derecho anteriores, se demuestra la concurrencia todas estas circunstancias, por lo que debe anularse la cláusula suelo insertada en el contrato objeto del litigio por:

A) apariencia de un contrato a interés variable: la cláusula PRIMERA, apartado tercero, estipulación 3.3. de sendos préstamos hipotecarios de fecha 29 de mayo de 2007 y de 4 de abril de 2011.

**B) Falta de información suficiente de que se trata de elemento definitorio del contrato**: el suelo se incluye en la cláusula PRIMERA apartado tercero, estipulación 3.3. tras las extensas cláusulas donde constan las bonificaciones al diferencial; así, parece que los intereses, elemento "definitorio del contrato", ya estaban concretados antes de llegar al punto en el que verdaderamente se concretan fijando un mínimo. O, al menos, no se da la "suficiente" relevancia al mínimo fijado (por ejemplo situando la cláusula suelo al principio de la regulación de los intereses).

**C) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada**. Ya se ha dicho: para llegar a la cláusula suelo deben leerse varias páginas de la escritura pública relativas a los intereses del préstamo, en las que se incluyen porcentajes, índices de referencia, publicaciones oficiales y normativa bancaria.

**D) Ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés**: no se ha acreditado de ninguna forma que el cliente haya tenido a su disposición una simulación de la carga económica del contrato aplicando la cláusula suelo; dice la entidad que "se le hicieron simulaciones", pero ni consta en qué términos ni las hipótesis tenidas en cuenta, ni la recepción por el consumidor.

**E) Inexistencia de Oferta vinculante entregada a los actores.**

**F) Inexistencia de la advertencia del coste comparativo con otros productos** que no incluyeran la cláusula suelo, y ello porque el empleado de la entidad reconoció que la entidad la pauta para las hipotecas, sin tener capacidad para negociar sin suelo.

De este modo, la falta de transparencia es determinante de abusividad y por ende de nulidad de la cláusula, no del contrato.

La cláusula suelo no transparente del caso es nula sin posibilidad -se señala expresamente- de que el Juez efectúe una integración o reconstrucción equitativa del contrato, pues ello se opondría al Derecho comunitario (STJUE 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito).

#### SEPTIMO

#### LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA QUE SE ANULA.

Se solicita, además por el demandante, la restitución del importe percibido de más por la entidad bancaria, cantidad a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo (caso de la escritura de fecha 29 de mayo de 2007 del 3'75% y caso de la escritura de fecha 4 de abril de 2011 del 5%) conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcularse y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación, y ello hasta su completa eliminación así como los intereses legales.

Frente a esta pretensión la parte demandada alegó el criterio seguido por la STS de fecha 9 de mayo de 2013 en relación a la no retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la citada cláusula.

A este respecto se ha de señalar que como bien señala la sentencia de la Ima Audiencia Provincial de Jaén de fecha 27 de marzo de 2014 (rollo de apelación nº 201/2014), Fundamento de Derecho Segundo, "Las Audiencias Provinciales han adoptado soluciones divergentes sobre este extremo, tras la citada sentencia del Tribunal Supremo", existiendo dos posiciones claramente divergentes en la que podemos insertar el criterio mantenido por nuestra Audiencia basado en la aplicación del art. 1.6 del Código Civil reproduciendo los argumentos de la Sala.

Pues bien, antes de entrar a resolver sobre la posible retroactividad aquí solicitada, debemos señalar en relación al art. 1.6 del Código Civil que, el hecho de que el TS se pronuncie sobre un aspecto jurídico determinado, no impide a nadie el acudir a los tribunales en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que su acción pueda o no prosperar en función del criterio de los Juzgados y Tribunales, que pueden o no seguir los criterios jurisprudenciales, pues de conformidad a lo dispuesto tanto en el art. 117. 1 de nuestra Carta Magna como en el art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales están sometidos únicamente a la Constitución y al Imperio de la Ley. En este sentido, debemos señalar que si bien nuestro CC establece en su art. 1.6 que "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho", esa vinculación no es rígida o formal, en el sentido de que no pueda nadie apartarse de lo dispuesto por el TS, sino que es una vinculación derivada del enorme prestigio de Nuestro Alto Tribunal, y de que el hecho de no seguir sus opiniones supondría que finalmente la sentencia que se dictase en instancias superiores supondría la revocación de las dictadas en primera instancia.

Es decir, interpuesta la acción se valorará la normativa aplicable y en función de ello se fallará. Asimismo se podrá tener en cuenta el criterio mantenido por la Instancia Superior a fin de evitar que la sentencia sea revocada, pero nada impide que el Juzgador de Instancia pueda fallar conforme a su criterio y siempre aplicando la ley a la que está sometido. Además, lo que en ningún caso procedería es no entrar a valorar el fondo de la cuestión sobreescribiendo el procedimiento *in limine litis* so pretexto del criterio mantenido por la Instancia Superior, pues ello supondría tanto como vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y privarla igualmente a los órganos jurisdiccionales encargados de la apelación, o en su caso al TS, de la posibilidad de variar sus criterios, viéndose obligados a continuar diciendo siempre lo mismo, a pesar de que son muchos los casos en que la jurisprudencia modifica sus criterios en base a nuevos argumentos ofrecidos por los solicitantes de la tutela judicial. Así, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado (SSTC 200/80 de 10 de diciembre -EDJ1980/11258 -, 221/91, de 26 de noviembre -EDJ1991/11196 -, 126/92, de 28 de septiembre -EDJ1992/9313 -, 207/92, de 30 de noviembre -EDJ1992/11827 -, 90/93, de 15 de marzo -EDJ1993/2594 -, 160/93, de 17 de mayo -EDJ1993/4617 -, 192/94, de 23 de julio -EDJ1994/5581-). De este modo y como señala el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de mayo de 2003, se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad".

En este punto debemos añadir que el TS en sentencia de fecha 25 de marzo de 2015 (sentencia 139/2015) señala expresamente que en su parte dispositiva que "Se fija como doctrina: "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 2014, R. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, R. 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".

Ahora bien, en la misma resolución consta volta particular que compartimos (emitido por D. Francisco Javier Ordúñez Moreno y D. Xavier O'Callaghan Muñoz) y que en relación a ello señalan con acierto en el Fundamento de Derecho Octavo del mismo tras los argumentos que señalan que "... el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justificase la retención de las mismas y su atribución al predisponente".

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, a la fecha de dictarla presente sentencia ya contamos con el informe emitido por la Comisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictado en fecha 24 de septiembre de 2015 en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo mercantil de Granada y que es contundente cuando señala que "el caso en el uso de una determinada cláusula declarada nula por abusiva, de conformidad con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, como consecuencia de una acción individual ejercitada por un consumidor no es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad, salvo que dicha limitación sea necesaria para preservar el principio de cosa juzgada".

Si necesidad de entrar en más consideraciones, solo podemos estimar tal pretensión, puesto que, tal y como ha sido formulada, cumple las exigencias del art. 219.1 LEC. Y ello, porque conforme a dicho precepto, "cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada [...], no podrá limitarse la demanda a importar una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética". En consonancia con ello prevé el apartado 3 del mismo artículo que "no podrá el demandante pretender, ni se le permitirá al tribunal en la sentencia, que le condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades". En el presente caso, siendo declara nula la cláusula, sólo puede estimarse la necesidad de reintegrar las cantidades cobradas en virtud de la referida cláusula, debiendo recalcularse y rehacer los cuadros de amortización excluyendo la cláusula suelo.

Ahora bien, estando al petitum de la demanda, a éste debemos ajustarnos, por lo que procede estimar la demanda en los términos señalados, debiendo la entidad demandada devolver las cantidades indebidamente percibidas en virtud de las cláusulas declaradas nulas, cantidad a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo (caso de la escritura de fecha 29 de mayo de 2007 del 3'75% y caso de la escritura de fecha 4 de abril de 2011 del 5%) conforme a la fórmula euribor a doce meses más 0'75% (respecto de la segunda escritura de 2011 teniendo en cuenta lo acordado en el Fundamento de Derecho Octavo, Noveno y Décimo de la presente resolución), debiendo recalcularse y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación, y ello hasta su completa eliminación así como los intereses legales.

#### OCTAVO

#### NULIDAD DE LA ESTIPULACIÓN ÍNDICE IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES.

Se solicita igualmente por la parte actora la declaración de nulidad del Índice IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES que consta en la estipulación 3.2 de la cláusula financiera del contrato de préstamo hipotecario suscrito en fecha 4 de abril de 2011 cuya redacción es la siguiente:

"Variación al tipo de interés inicial:

3º apartado 2.1: "A estos efectos se establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito"

3º apartado 2.2 "aunque el tipo de interés de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto de este contrato, no se efectuará ningún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés aplicable".

Se invoca por la parte actora que estamos nuevamente ante una condición general de la contratación, negando la parte demandada dicho extremo y por ende, estimando que el análisis de su abusividad no se someta a lo dispuesto a la LCGC o al TRLRGLU y ello porque no cumple los requisitos exigidos de ser predispuesta, impresa y tener la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos tal y como establece el art. 1 LCGC. Considera la demandada que el IRPH es uno de los índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora. Difiende su validez porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la DA. 5ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Añade que la Orden Ministerial 2899/2011 dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012, una parte de la cual acompaña como documento justificativo de su validez. De todo lo cual concluye que nada de lo pactado es contrario a derecho ni abusivo, que el citado índice no puede ser objeto de control por tratarse de parte del precio y estar excluido por lo disciplinado en el decimonoveno considerando y art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Con carácter previo a entrar en el análisis de la abusividad, debemos resaltar que el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice "Considerado no obstante que, en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva".

Y el considerando decimonoveno dice: "Considerando que, a los efectos de la Directiva, 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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...".

En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice "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".

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "... es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva". Sobre este particular ha dictado la STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó el art. 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 26) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva". Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 12 febrero 2014, caso Arpad Kásler, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Cuando se resuelve dicho asunto la STJUE 30 abril 2004, C-26/13, caso Arpad Kásler, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2, puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE; de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional 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 precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato -en 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".

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diversos, puede recordarse lo que ha dicho la STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", o la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, citando las anteriores, que en su FJ 3º asegura: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional 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 precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". Como se aprecie, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, que según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Entidades, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantum, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" ya "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 "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal del contrato.

Es por ello, que no cabe sino concluir, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario resulta susceptible de análisis y control de abusividad.

#### NOVENO

#### Análisis y control de la abusividad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 4 de abril de 2011 relativa al interés variable e IRPH.

Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Entidades en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los demandantes consideran que no se han respetado, porque se asegura impulso a los prestatarios, por la capacidad de una dejas partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

Debe analizarse en primer lugar si el referido Índice IRPH es un índice manipulable por una de las partes.

El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que pueda analizarse si cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a un interés inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1258 CCV que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Por eso algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", en tanto que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCV. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia, es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de julio de 2000, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a los que se refiere la orden.

La Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "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 su DA 2ª que el IRPH Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada admite que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influyente. En consecuencia, el IRPH Entidades, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1258 CCV, y el art 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCV acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2000, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec. 1709/2003, 9 diciembre 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011, rec. 604/2008, 30 octubre 2013, rec. 1889/2011).

Además la parte demandante ostenta la condición de consumidor, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 28/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyas previsiones contiene hoy el RDL 1/2007.

El art. 2.1 de tal norma establecía que era derecho básico de los consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 10 LGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor. A su vez el art. 13.1 d) LGDCU decía que debe facilitarse información sobre "las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que "[...] los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]", y el artículo 5 dispone que "[...] 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".

Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[...] los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas 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 directo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

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

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

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

Sentado lo anterior cabe concluir:

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LGDCU 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.

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, treinta y tres años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto. Aunque se alega que se ha negociado, tal alegación precisa prueba, que conforme al tercer párrafo del art. 10 bis 1 LUGDCU, compete al predisponente.

No ha acreditado la parte demandada que los consumidores que los suscribieron la escritura de préstamo hipotecario de 4 de abril de 2011 y por ende de la cláusula impugnada, recibiesen oferta vinculante. Tampoco se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos.

No consta la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera.

No se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio).

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor. Por otra parte, debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

A ello no obsta la intervención de Notario. Dice, a tal respecto, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013 que "Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Difícilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad por se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "consumidor medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LUGDCU, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 y reitera la STS 16 julio 2014, rec. 1257/2013, aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LUGDCU "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Entidades sin explicar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1266 CCV, el art. 80.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LUGDCU y 6.3 CCV, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH ENTIDADES.

DÉCIMO

**Consecuencias de la nulidad del índice IRPH en relación al interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 4 de abril de 2011.**

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art. 9.2 LUGDCU que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LUGDCU establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCV, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCV, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCV, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC.

El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuran en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6 apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 37; Parmon GSM, apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 51).

Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7 apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenik, antes citada, apartado 34).

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 reconoce expresamente que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas, lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogada General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que "de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera".

Igualmente reconoce la referida Sentencia que Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogada General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no

hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38).

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor "[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 ((Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV). El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor".

Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procediera dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo distinto el euríbor a doce meses más el 0'75%, que era la previsión fijada en el préstamo hipotecario anterior que pretendieron ampliar cuando acudieron a la entidad bancaria que les indicó que había que hacer una nueva operación de préstamo hipotecario.

Siendo declarada nula la estipulación señalada, procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euríbor más el

0'75% de diferencial comprendido en la primera escritura suscrita entre las partes sobre la misma vivienda, debiendo condenar a la entidad a que devuelvan "los intereses cobrados de más" que resulten en ejecución de sentencia de la aplicación de uno a otro índice, cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

UNDECIMO

En cuanto a los intereses moratorios reclamados por la actora, al ser estimatoria la demanda, procede condenar a la demandada a abonar a la actora los intereses legales incrementados en dos puntos conforme el art. 576 LEC y hasta su completo pago desde la fecha de la sentencia, y por lo que se refiere a las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la "cláusula suelo" devengarán el interés legal desde la fecha de cobro y hasta la presente resolución.

DUODECIMO

Vista la estimación íntegra de la demanda, procede, conforme al art. 394.2 LEC, procede la condena en costas a la entidad demandada.

Por todo lo anterior,

FALLO

Que estimando íntegra de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Lourdes Lorenzo Ribagorda en la representación acreditada de DOÑA Carla y D. Rodrigo frente a BANCO PASTOR S.A.U. (antes BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A) y en virtud de la misma, SE DECLARA

1 La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 3'75% y conforme a la fórmula pactada de euríbor a 12 meses más 0'75%, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del TRES COMO SETENTA Y CINCO POR CIENTO".

2 La nulidad de la cláusula limitativa a las variaciones del tipo de interés, 3.3 del préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación del límite del 5% y conforme a la fórmula de euríbor a 12 meses más 0'75%, y ello dado la declaración de nulidad de la cláusula IPH- CONUNTO DE ENTIDADES que consta en el punto siguiente del presente fallo, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Límite a la variación del tipo de interés aplicable.- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CINCO POR CIENTO".

3 La nulidad de la cláusula de establecimiento del índice de referencia IRPH-CONJUNTO DE ENTIDADES, impuesta a los actores y que consta en la estipulación 3.2 de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de dicho índice de referencia, debiendo entenderse en su lugar la fórmula de euríbor a 12 meses más 0'75%.

4 Se condena a la entidad demandada a reintegrar a la actora:

a) En relación al préstamo hipotecario de fecha 29 de mayo de 2007, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 3'75% conforme a la fórmula pactada euríbor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

b) En relación al préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del suelo del 5% conforme a la fórmula euríbor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

c) En relación al préstamo hipotecario de fecha 4 de abril de 2011, las cantidades que hubiera podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia sobre las bases de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula fijada relativa al IRPH-Conjunta de entidades cuya vigencia se mantiene hasta la presente sentencia y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del índice IRPH-Conjunta de entidades y conforme a la fórmula euríbor a doce meses más 0'75%, debiendo recalcular y rehacer los cuadros de amortización, excluyendo dicha estipulación.

5 Todo ello con condena al pago del interés legal correspondiente desde el momento en que se materializó cada uno de los abonos hasta la presente sentencia e, incrementados en dos puntos desde la fecha de la sentencia de conformidad con el art. 576 LEC y hasta su completo pago.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Orense.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo

Eva María Martínez Gallego,  
Magistrada Juez de Primera Instancia nº4 de Orense.

PUBLICACIÓN