



Roj: **SJPI 112/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:112**

Id Cendoj: **01059420072016100054**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **31/03/2016**

Nº de Recurso: **139/2015**

Nº de Resolución: **89/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ

MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004877

FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-15/003363**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2015/0003363**

Procedimiento / Prozedura : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 139/2015 - I**

Materia: **DERECHO MERCANTIL**

Demandante / Demandatzailea : **Esperanza**

Abogado/a / Abokatua : **MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ FILGUEIRA**

Procurador/a / Prokuradorea : **ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA**

Demandado/a / Demandatua : **KUTXABANK S.A.**

Abogado/a / Abokatua :

Procurador/a / Prokuradorea : **MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO**

SENTENCIA Nº 89/2016

En **Vitoria**-Gasteiz, a 31 de marzo de 2016.

Vistos por mí, M^a Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria**-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario 139/15, entre partes, de una como demandantes Esperanza representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, y asistidos del Letrado Miguel Ángel Rodríguez Filgueira de otra como demandada KUTXABANK, S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado Carlos Losada Pereda, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Gómez interpone en nombre y representación de Esperanza , demanda de Juicio Ordinario contra la entidad KUTXABANK S.A, antes Caja de Ahorros de **Vitoria** y Álava, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:



1. Se declare la nulidad por incumplimiento de normas imperativas ex art. 8.1 LCGC y 6.3 del Código Civil , de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre Esperanza y la demandada, documentado en la escritura pública nº NUM000 de fecha 20.11.2007:

A) Del apartado B de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo **IRPH** Entidades con la siguiente redacción: "¿al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE de 3 de agosto de 1994.

B) Del apartado C de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo sustitutivo **IRPH** Cajas con la siguiente redacción: "El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94, que se publica en el BOE del 03.08.94.

C) De la cláusula quinta las siguientes estipulaciones: "Serán de cuenta de la parte prestataria¿; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por éste préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación,¿

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de este clase de contratos, aún cuando por Ley se impusieran directamente al prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

2. Con carácter subsidiario, para el caso de que no se estime la anterior pretensión, se solicita que se declare la nulidad por abusivas ex arts. 8.2 de la LCGC y 10 bis de la LGCYU, de las mismas cláusulas.

3. En cualquiera de los casos anteriores, se condene a la demandada a restituir a la actora las cantidades que se han abonado, o se vayan abonando hasta la efectividad de la nulidad de la cláusula, indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de la aplicación del índice impugnado **IRPH**-Entidades, durante el periodo de vigencia del contrato de préstamo más los intereses legales desde la fecha de cada cobro o pago de cuota sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar en el caso de que la cláusulas declaradas nulas nunca hubiesen existido.

4. Se condene en cualquiera de los casos a la entidad Kutxabank a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo sobre la base de recalcular las cuotas que fuesen de aplicación en el caso de que los índices **IRPH**-Entidades e **IRPH** ¿Cajas nunca hubiesen existido en el momento de la efectividad de la nulidad de las cláusulas.

5. Todo ello con imposición de costas en caso de oposición.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la contraria, manteniendo la validez de las cláusulas impugnadas.

TERCERO .- En la Audiencia Previa, se delimitan los hechos litigiosos, las partes proponen prueba, se admite y se señala el juicio.

En el juicio, se practica la prueba admitida y las partes formulan conclusiones, tras lo cual, quedan los autos vistos para sentencia.

En el presente procedimiento se han cumplido las normas procesales no habiéndose dictado sentencia en plazo debido a la carga de trabajo que sufre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demandante ejercita *acción individual de nulidad de condición general de la contratación* inserta en el contrato de préstamo concertado con la demandada al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 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 (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente pretende la nulidad, por infracción de norma legal imperativa, o subsidiariamente, por su carácter abusivo, de la cláusula que referencia el préstamo a **IRPH** Entidades y como índice sustitutivo el **IRPH** Cajas y la cláusula que hace recaer sobre el prestatario determinados gastos.

SEGUNDO .- Son *hechos probados* , sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

El 20.11.2007 la demandante suscribió con Caja de Ahorros de **Vitoria** y Álava, hoy Kutxabank S.A., con fines ajenos a una actividad empresarial o profesional y para financiar la adquisición de su vivienda, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, formalizado en escritura pública autorizada por la Notario Iciar Fernández Zornoza , bajo el número NUM000 de su protocolo (doc. 1).

El capital del préstamo se concretó en 128.100 euros, con un plazo máximo de amortización de 40 años, un tipo fijo inicial durante los dos primeros años del 5,25 % y un interés variable, el resto del periodo de cumplimiento, resultante de adicionar al tipo básico de referencia un diferencial o margen de 0,500 si el saldo real es mayor a 102.480 euros y de 0,250 si el saldo real es igual o inferior.

El tipo de referencia se señala en *la cláusula 3 B* como "tipo medio de los préstamos hipotecarios a mas de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.1994 que se publica en el BOE de 03.08.1994"

En *la cláusula 3 C* se establece: "El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a mas de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE del 3 de agosto de 1994 mas un margen de 0,000 puntos;".

La *cláusula 5ª* dispone: " Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de la finca hipotecada, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación y todos los derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementario que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aún cuando por Ley se impusieran directamente el prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

En la escritura de préstamo se indica que la misma ha sido redactada conforme a minuta facilitada por la entidad prestamista y advierte de que contiene condiciones generales de la contratación. Igualmente señala la Notario que la parte prestataria le ha exhibido la oferta vinculante hecha por la entidad prestamista, no existiendo diferencias con las condiciones financieras finalmente pactadas en la escritura.

Con anterioridad, el 16.09.2003 la demandante había suscrito otro préstamo hipotecario referenciado a Euribor y como tipo sustitutivo el **IRPH** Entidades (doc. 1 contestación), tipo sustitutivo previsto para el supuesto de que el principal (Euribor) dejara de publicarse por cualquier circunstancia; hecho que no sucedió.

Desde que entra en funcionamiento el Euribor como índice, el **IRPH** Entidades siempre se ha encontrado en valores superiores, al igual que el **IRPH** Cajas (doc. 2 contestación).

TERCERO .- **IRPH**.

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

Antes de esto los dos, y ahora el **IRPH** Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras



de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del **IRPH** la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

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

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

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

El informe del Banco de España que ha sido solicitado, al responder a las preguntas formuladas por una y otra parte, viene a confirmar (i) que a la hora de elaborar el índice a partir de los datos recibidos de los Bancos y Cajas, todas las entidades, pequeñas o grandes, tienen el mismo peso específico independientemente del volumen de préstamos concedidos; (ii) que si en un mes una de las cajas, incrementa el tipo de interés al que concede los préstamos ello tiene una incidencia directa en el **IRPH**; (iii) que igualmente la tienen las comisiones y demás gastos que el cliente estuviera obligado a pagar a las cajas y bancos como contraprestación por el crédito recibido, de forma que tanto si estos se incrementan como si se reducen, ello repercute directamente en el índice; (iv) y que para el cálculo no se desprecian los valores más alejados de la tónica general del mercado tanto al alza como a la baja.

Sin embargo, la AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: "La Sala entiende que el índice **IRPH** Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (¿) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El **IRPH** fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado". Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015. La primera, señala: "

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

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

La segunda: "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del **IRPH** Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de



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

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

CUARTO .- *Imposibilidad de realizar un control de abusividad del tipo de interés remuneratorio, pero sí aplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y sometimiento de la cláusula al doble control de transparencia en el ámbito de la contratación con consumidores.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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



193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" .

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

- a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.
- b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

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

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

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

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



Se basa la demandada en que se trata de un índice oficial y en que tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas por las entidades financieras sobre cuya base elabora el Banco de España el índice **IRPH** así como la fórmula para el cálculo del mismo por parte de dicho organismo se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo que cita (Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que modifica la Circular 8/90 en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 05.05.1994 y actualmente Orden EHA /2899/2011 y Circular 5/12).

Sin embargo, siendo ello así, siendo el índice **IRPH** Entidades un índice oficial, cuyo mecanismo de formación o configuración aparece regulado tal y como se ha explicado en el Fundamento anterior, en las referidas disposiciones normativas no hay ni un solo precepto que obligue a la entidad oferente a aplicar el tipo de referencia **IRPH**, es decir, el tipo de interés no se introduce porque haya una disposición normativa que le obligue a ello. Una cosa es que se regule el mecanismo y forma de cálculo del **IRPH** y otra bien distinta que su introducción en el contrato de préstamo del demandante obedezca a una disposición imperativa. Una condición general de la contratación se define por el proceso de su incorporación al contrato y en este caso no puede decir la demandada que su incorporación al contrato venga impuesta por disposición normativa alguna.

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

b)- Alega también la demandada que no es aplicable la LCGC por cuanto, pese a ser cláusulas redactadas y predisuestas por el empresario prestamista, han sido objeto de negociación y no son cláusulas impuestas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014 , señala que: "Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009 ,



09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

En la escritura pública de préstamo hipotecario se advierte de que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada y de la existencia de condiciones generales de la contratación. La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Invoca la demandada la supuesta oferta vinculante entregada a la prestataria y al hecho de que habiendo suscrito antes otros préstamos entiende que la demandada era "conocedora" de los instrumentos financieros posibles. Al margen de lo francamente discutible que son ambos argumentos, lo que se analizará en el apartado correspondiente, el hipotético conocimiento de la cláusula no es equivalente a negociación. Y ninguna prueba aporta la demandada sobre una verdadera negociación. Ni siquiera se aporta la llamada oferta vinculante, pero es que, tampoco se aporta documentación tal como solicitud del cliente, contraoferta, solicitud al departamento competente para autorizar o analizar la concesión del préstamo referenciado a otro índice distinto y encuentro final de voluntades que concrete el índice consensuado en el IRPH Entidades. Lo único que tenemos es la escritura en la que se plasman las condiciones definitivas sin que exista dato o indicio alguno que permita pensar que las cláusulas concretas impugnadas ¿tanto la que estable el índice de referencia y sustitutivo, como la que repercute en el prestatario la totalidad de gastos de la operación-, hayan sido objeto de efectiva negociación.

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

QUINTO .- *Control de transparencia* .

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

" 6 . *Caracterización del control de transparencia* . En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014) .

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



8. Alcance . Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

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

En cuanto al control de inclusión, la única referencia al posible cumplimiento de las disposiciones de la Orden Ministerial de 05.05.1994, en toda la presente causa, son las indicaciones que realiza el Notario en la escritura pública, sin que en cambio contemos con la Oferta Vinculante ¿ni se incorpora como anexo a la escritura ni se aporta por las partes-. Así, el Notario indica que "la escritura ha estado en mi despacho a disposición de la parte prestataria para su examen durante el plazo establecido en la Orden" y que "la parte prestataria me ha exhibido la oferta vinculante hecha por la parte prestamista¿". Ciertamente la demandante no discute lo que referencia el Notario en la escritura pública aportada por ella misma, luego habrá que entender que aún sin haber visto la Oferta Vinculante y la forma en la que en la misma se pudiera referir al tipo de referencia principal y sustitutivo, el control de inclusión , en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de incorporación de la cláusula se ve superado, por no ser discutido por la actora.

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

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

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



supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(i)

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



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

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

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

En cuanto a la información que se debería haber facilitado a la prestataria en el curso de la oferta comercial para satisfacer las exigencias de transparencia y comprensibilidad real de la cláusula, no existe prueba alguna. Ya se ha dicho que puede presumirse la existencia de una oferta vinculante por la propia referencia que realiza el notario a su existencia, pero no se ha visto su contenido y por tanto, lo que no puede presuponerse es que en la misma existiera información acerca de la configuración del índice de referencia. No hay documentación alguna que refleje las explicaciones que se deberían haber dado al cliente acerca del comportamiento de este índice y singularmente del hecho de ser un índice que siempre se ha situado por encima del Euribor, tal y como queda reflejado en el cuadro que aporta la demandada como doc. 2 de la contestación. No hay prueba alguna de que se facilitara al cliente alternativa alguna, como por ejemplo pudiera ser un préstamo referenciado a Euribor. Debe también tenerse en cuenta que en el préstamo de la demandante se añade un margen de 0,5 o 0,25 al tipo de referencia y al no constar alternativa alguna no podemos siquiera plantearnos la ventaja que se pudiera haber expuesto al cliente para que contratara un préstamo referenciado al **IRPH**. Como dice la S. de la AP Álava antes citada "es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del **IRPH** y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial". Y "corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas que el índice **IRPH** no fue la única propuesta y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir".

La demandada aporta una escritura de préstamo del año 2003 suscrita por los demandantes en la que el tipo básico de referencia es el Euribor y el índice sustitutivo el **IRPH** Entidades. Ni ello permite presuponer que en el préstamo posterior se informó a los demandantes de las características y forma de configuración del **IRPH**, ni el hecho de figurar como índice sustitutivo el **IRPH** en el préstamo de 2004 implica que los demandantes sepan de antemano qué es el **IRPH**. Obsérvese que la previsión de aplicación del índice sustitutivo parte de un supuesto de hecho que no se ha producido nunca, que deje de publicarse el Euribor.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia y por ello debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato. La nulidad y expulsión se refiere lógicamente al **IRPH** Entidades, sin que tal pronunciamiento ¿que sin embargo sería trasladable al **IRPH** Cajas- sea necesario en el caso del índice sustitutivo al haber desaparecido definitivamente.

SEXTO . - Cláusula quinta. Gastos e impuestos .

Aún a riesgo de ser reiterativa, debe recordarse el contenido exacto de la cláusula Quinta de la escritura pública:

" Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos ocasionados por la tasación de la finca hipotecada, su conservación y el seguro de daños; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por este préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación y todos los derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago.

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementario que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de esta clase de contratos, aún cuando por Ley se impusieran directamente el prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".



Tanto del tenor literal del suplico como del contenido de la fundamentación jurídica de la demanda, se evidencia que lo que se impugna de la cláusula transcrita son los gastos notariales y registrales que sin distinción alguna se hacen recaer en el prestatario (sean los ocasionados por el otorgamiento, como por la subsanación, modificación o cancelación de la escritura pública e incluso por documentos complementarios que se precisen) y los impuestos presentes y futuros que graven el o los negocios jurídicos y actos documentados que se recogen en la escritura pública (préstamo y constitución de garantía hipotecaria) y ello aún en el caso de que la ley tributaria los haga recaer en el prestamista. Se limita el análisis a estas cuestiones, dejando de lado los gastos de tasación de la finca, su conservación y el seguro de daños.

En este caso tratamos de una condición general de la contratación, no habiéndose acreditado en modo alguno por la predisponente que la cláusula sea fruto de una efectiva negociación con el consumidor, que no se refiere a objeto principal del contrato y por tanto, sujeta tanto al control de transparencia como al de abusividad o contenido.

La S. AP Pontevedra de 14.05.2014 (rec. 220/2014) analizando una cláusula que hace recaer en el prestatario consumidor los gastos de notaría y registro y cualesquiera impuestos derivados de la operación, señala (FJ 5º):

" El Juzgado "a quo", por remisión a la SAP de Madrid de 26 de julio de 2013, declara la nulidad de esta estipulación argumentando que "[L]a abusividad de la cláusula resulta palmaria, en la medida en que implica la repercusión en el consumidor, sin distinción alguna, del pago de todos los gastos y de todos los tributos de la operación convenida con el banco, incluidos aquellos que por su naturaleza pudieran ser de cargo del empresario o de los que éste fuese el sujeto pasivo. Ello implica la contravención de la regla del artículo 89, en su número 3, letras "c" y "a" (...) del TRLGDCU " (FD 6º).

(i)

De entrada llama la atención la redacción abierta y con vocación omnicomprensiva de la estipulación que, precisamente por ello, resulta desproporcionada con independencia de que, respecto alguno de los conceptos, vulnere normas de carácter imperativo.

El art. 89.3 TRLCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "[L]a transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (número 2º), como "[L]a imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (número 3º).

El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas, a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c).

Asimismo, se considera siempre como abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).

(i)

Aranceles notariales y registrales. Gastos de tramitación.

De acuerdo con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, prevé que la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente.

Y análogamente, el obligado al pago de los derechos del Registrador es aquélla o aquellas personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a quien haya presentado el documento, aunque en todo caso se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; por otra parte, los derechos correspondientes a certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes la soliciten (cfr. la norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad).

Los mencionadas normas atribuyen la responsabilidad del pago al solicitante del servicio de que se trate (sea la prestación de una función o la expedición de una copia) o a cuyo favor de inscriba el derecho o solicite una certificación.



En la generalidad de los casos la que gestiona la formalización del contrato y solicita la intervención del fedatario público es la entidad financiera, que también es la persona jurídica a favor de la que se inscribe el mismo.

Por tanto, la cláusula 5ª de la póliza de préstamo, lejos de asegurar una mínima reciprocidad entre los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, hace recaer su práctica totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que, a falta de pacto expreso entre las partes, la aplicación de la norma reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Se trata, pues, de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante y que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada, apareciendo expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRFCU), por lo que debe ser declarada nula.

Tributos que graven el préstamo hipotecario.

La cláusula 5ª letra d) atribuye al prestatario hipotecante el pago de los tributos que graven la operación, sin distinción de ninguna clase.

Alega la entidad recurrente que, conforme a la legislación tributaria, el sujeto pasivo de los posibles tributos (impuesto sobre el valor añadido, transmisiones patrimoniales...) es el demandante, al margen de que, en cualquier caso, siempre prevalecería la legislación fiscal.

El motivo no se comparte.

La hipoteca está considerada como un derecho real de garantía, por lo que su constitución queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, en función de quiénes sean los sujetos intervinientes. Pero además es un acto valuable y que puede tener acceso al Registro correspondiente, por lo que si se documenta en escritura pública (obligatorio para que la hipoteca quede válidamente constituida ex artículo 145 de la Ley Hipotecaria), también cabría su gravamen en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por la modalidad de Actos Jurídicos Documentados, si su constitución no está sujeta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

Al tratarse de un préstamo con garantía hipotecaria, nos hallamos ante una operación exenta del impuesto sobre el valor añadido (art. 20 Uno 18ª Ley 37/1992, de 28 de diciembre) y sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (cfr. art. 7 letras A y B del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora del referido impuesto).

El art. 8 del citado texto refundido declara que estará obligado al pago del Impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario, en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a), y, en la constitución de derechos reales, aquél a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d)".

En nuestro caso, el art. 26 de la norma foral 11/2003, de 31 de marzo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en el mismo sentido.

"Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo"

En nuestro caso, el art. 19.1 de la norma foral: la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, cuando la constitución de la garantía sea simultánea con la concesión del préstamo o en el otorgamiento de éste estuviese prevista la posterior constitución de la garantía.

"Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan."

En nuestro caso, art. 54 de la norma foral: será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.



Sigue diciendo la Sentencia citada: " De esta forma, no es cierto que la entidad financiera quede al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.

A mayor abundamiento, nada impide al legislador crear otros tributos sobre actuaciones de futuro, o variar elementos de los existentes como el sujeto responsable, haciendo recaer la obligación sobre la entidad financiera. Piénsese, a título de ejemplo, en la cancelación del derecho de hipoteca, notarial y registralmente.

Si a lo expuesto se une, de un lado, que nos hallamos ante normas que generalmente tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y de otro lado, el tenor del art. 89.3 c) TRLCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, forzoso es declarar la nulidad de la cláusula analizada, tanto por vulnerar normas de carácter imperativo como ser palmariamente abusiva al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato".

La Sentencia de la AP de Madrid de 26.07.2013 (rec. 161/2012) que cita la anterior, es la recurrida por infracción procesal y en casación que ha dado lugar a la reciente STS de 23.12.2015 y que no revisa los pronunciamientos de la Audiencia de Madrid en relación a la cláusula relativa a los gastos del préstamo hipotecario del BBVA al no someterse a revisión del alto tribunal esta cuestión. La Sentencia de la AP decía al respecto en el F.J Vigésimo primero: "La reputación como abusiva de tal condición general deriva de la contravención de la regla del artículo 89, en su número 3, letras "c" y "a" (siquiera por analogía, en este último caso, pues no se trata de un catálogo cerrado) del TRLGDCU, pues implica una repercusión en el consumidor de gastos procesales (costas) y de tributos, con independencia de que por su naturaleza, por previsión legal o por decisión judicial pudieran ser de cargo del empresario".

Los argumentos se comparten plenamente. No se trata de que, como dice la entidad demandada, todos los gastos registrales y notariales deban ser a cargo de la entidad financiera, sino que la genérica previsión de que todos ellos sean a cargo de una sola de las partes del contrato, precisamente a cargo del consumidor adherente, resulta claramente abusiva. Se trata de una estipulación que ocasiona al consumidor un desequilibrio relevante que no cabe pensar que aquél hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada. No puede despreciarse lo que destaca la demandante; conforme a la cláusula transcrita serían de cuenta del consumidor incluso los gastos notariales y registrales ocasionados por la subsanación que fuera precisa, sin distinguir si el error generador de ésta se debe al prestatario o al banco, cuando además es más probable que el error proceda de este último que es quien prepara la minuta y traslada al notario los datos con los que se va a redactar la escritura pública por mas que el consumidor tenga derecho a examinar el proyecto en los tres días previos al otorgamiento. Tal estipulación, en la forma en la que se encuentra redactada es frontalmente contraria a lo dispuesto en el art. 89.2 L TRLCU:

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

En lo que respecta a los tributos e impuestos que graven la operación, al margen de que el sujeto pasivo del impuesto de transmisión patrimonial, a tenor de los arts. 19 y 26 de la Norma Foral sea el prestatario, no cabe obviar que la genérica redacción de la cláusula hace recaer en el prestatario cualesquiera gastos y tributos que graven la operación, presentes o futuros, incluso los que por ley pudieran llegar a imponerse al prestamista, contemplando abiertamente la posibilidad de que éste los repercuta al consumidor, lo que constituye además de una previsión de incumplimiento genérico de cualesquiera normas imperativas que impongan tributos a la entidad financiera por la operación , una flagrante infracción del art. 89.3 c TRLCU que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

En conclusión debe declararse la nulidad de la cláusula 5ª en la parte impugnada por tratarse de una estipulación no negociada individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causa un grave desequilibrio en contra del consumidor y en beneficio del empresario predisponente.

SÉPTIMO .- *Consecuencias de la nulidad* .

Partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . El art. 10.1 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las



mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo, señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el anterior artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuía al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que:

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

Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

En igual sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Bruse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE 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 convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era



la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos que el art. 10.2 de la LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar:

" El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado".

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

" 37En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C- 618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , EU:2015:21, apartados 28 y41).

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

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el **IRPH** Entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC : No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com : Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el interés remuneratorio no es elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin la referida cláusula.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al **IRPH** Entidades. Debe tenerse en cuenta además que el interés sustitutivo previsto en el contrato era el **IRPH** Cajas, desaparecido y a su vez sustituido (D.A. 15ª Ley 14/13) en última instancia por el **IRPH** Entidades, y que tampoco es posible aplicar como índice sustitutivo (sustituto del sustituto).

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC , deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de las cláusulas declaradas nulas, con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable. Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades (art. 1108 CC) desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC a partir de la presente sentencia.

SÉPTIMO .- Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

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

FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Esperanza representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

DECLARO:

1. La nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre Esperanza y la demandada, documentado en la escritura pública nº NUM000 de fecha 20.11.2007:

A) Del apartado B de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo **IRPH** Entidades con la siguiente redacción: "¿al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE de 3 de agosto de 1994.

B) Del apartado C de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo sustitutivo **IRPH** Cajas con la siguiente redacción: "El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94, que se publica en el BOE del 03.08.94.

C) De la cláusula quinta las siguientes estipulaciones: "Serán de cuenta de la parte prestataria,¿; los gastos notariales y registrales, impuestos, gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Oficinas Liquidadoras por éste préstamo, tanto los ocasionados por su otorgamiento como por su subsanación, modificación o cancelación,¿

Son igualmente de cuenta del prestatario los gastos de los documentos complementarios que se precisen e impuestos de toda clase que hoy o que en lo sucesivo graven el capital e intereses de este clase de contratos, aún cuando por Ley se impusieran directamente al prestamista, quien en tal caso tendrá derecho a exigir del prestatario el reintegro de lo que hubiera satisfecho".

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

Y CONDENO a la demandada:

-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

-A devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia **IRPH** Entidades o índice **IRPH** Cajas si se hubiera aplicado, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir de segundo año de vigencia. La devolución podrá hacerse bien abonando directamente al demandado dicha cantidad, bien mediante compensación e imputación de los intereses a devolver al principal pendiente de amortizar en el préstamo, con el consiguiente recálculo del cuadro de amortización.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

Se condena en costas a la demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 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 Banco Santander con el número 0844 1111 04 013915, 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).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en 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 Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en **VITORIA**-GASTEIZ, a 31 de marzo de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ