



Roj: **SJPI 239/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:239**

Id Cendoj: **01059420072016100143**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **13/05/2016**

Nº de Recurso: **355/2015**

Nº de Resolución: **132/2016**

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: **01.02.2-15/009069**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2015/0009069**

Procedimiento / *Prozedura* : **Pro.ordinario / Proz.arrunta 355/2015 - I**

Materia: DERECHO MERCANTIL

Demandante / *Demandatzailea* : Inocencia

Abogado/a / *Abokatua* :

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 132/2016**

En **Vitoria**-Gasteiz, a 13 de mayo de 2016.

Vistos por mí, M<sup>a</sup> Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria**-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario 355/15, entre partes, de una como demandante Inocencia representada por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, y asistidos de la Letrada María Bedoya Miguel, y 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 Inocencia , demanda de Juicio Ordinario contra la entidad KUTXABANK S.A, 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 artículos 8.1 LCGC y art. 6.3 CC , de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura nº 465 de fecha 27.03.2012.

a. Del apartado 3.d.1 de la cláusula Tercera en cuanto se refiere al tipo **IRPH** Entidades con la siguientes redacción: " Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo medio de interés será el que resulte de adicionar el MARGEN 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 22-7-94 (BOE de 3- 8-94) tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

b. Del apartado 3 .e 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 tomara 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 22-7-94 BOE del 3- 8-94, y que se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado en el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

De forma subsidiaria para el caso de que no se estime la anterior pretensión, se solicita que se declare la nulidad por abusivas ex artículos 8.2 de la LCGC y 10 bis de la LGCYU, de las mismas cláusulas.

2. Se condene en cualquiera de los casos, a la entidad Kutxabank a restituir a Inocencia 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 desde el 9 de mayo de 2013 mas los intereses legales desde la fecha de cada pago de cuota, sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar en el caso de que las cláusulas declaradas nulas nunca hubiesen existido.

3. Se condene, en cualquiera de los casos, a la entidad Kutxabank a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización el 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.

4. Todo ello con imposición de costas a la demandada.

**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.

## 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 .

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

El 27.03.2012 la demandante suscribió con Kutxabank S.A. escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por el Notario Juan Kutz Azqueta bajo el número 465 de su protocolo (doc. 3 demanda). El préstamo ascendió a 35.000 euros, con un plazo máximo de amortización de 5 años, un tipo fijo inicial durante los primeros seis meses y a partir de entonces un tipo de interés variable resultante de adicionar al tipo básico de referencia un margen de 2,25 puntos.



Establece el primer párrafo de la cláusula Tercera 3.d.1: " Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo medio de interés será el que resulte de adicionar el MARGEN 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 22-7-94 (BOE de 3-8-94) tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión n".

El primer párrafo de la cláusula Tercera 3.e: " El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomara 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 22-7-94 BOE del 3-8-94, y que se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado en el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

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 no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo que se le exhibe y las cláusulas de la escritura.

La oferta vinculante de fecha 23.03.2012, con firma y fecha manuscrita de 2012/3/27, es decir el día de la escritura, contiene una única referencia al tipo de interés de referencia de la siguiente forma: **IRPH** TOT.ENT. (TAE) 12M). (doc. 2 contestación)

Desde que entra en funcionamiento el Euribor como índice, el **IRPH** Entidades siempre se ha encontrado en valores superiores a aquel, al igual que el **IRPH** Cajas (doc. 3 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. 15<sup>a</sup> 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 de 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**.

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. 4 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 comercial, 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 estas cosas.

Ninguna prueba aporta la demandada sobre una verdadera negociación. Lo que aporta la demandada es un documento titulado "informe a la operación solicitada" en el que se recogen los datos de la solicitante y se valora el riesgo de la operación (doc. 1 contestación). Es un documento interno de la entidad en el que no se ve rastro alguno de posible negociación de la prestataria del tipo de referencia a aplicar, si el IRPH o cualquier otro.

A continuación lo que aporta la demandada es la oferta vinculante (doc. 2), sobre la que mas adelante se volverá, pero en lo que aquí interesa, que es la posible negociación de la cláusula cuestionada, ningún dato de este documento lleva a pensar que se trate de una cláusula negociada.

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, el Notario informa en la escritura pública que se le exhibe la oferta vinculante y que no hay discrepancias entre la misma y las cláusulas recogidas en la escritura. La demandada aporta como doc. 2 de la contestación el documento denominado oferta vinculante. El documento lleva al pie la fecha





de 23.03.2012 (a máquina) y al pie de la primera hoja una firma ilegible (pero en cualquier caso distinta de la que figura en la última página con el sello de la entidad) y una fecha manuscrita, el 27.03.2012, fecha de la escritura pública. No sabemos si la firma es la de la prestataria y la fecha que la antecede es la de la entrega de la oferta. Pero en cualquier caso, aunque aceptáramos la entrega del documento a la prestataria con antelación suficiente al otorgamiento de la escritura, con ello se entendería superado el control de inclusión pero no por ello, y menos vista la referencia que se hace en el documento a la cláusula cuestionada, el segundo control de transparencia, el de comprensibilidad real.

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 concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Y cita al respecto el considerando 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. No hay documentación alguna que refleje que la prestataria fuera informada de qué es el **IRPH**, cómo se configura, su evolución histórica, siempre por encima del Euribor y que, con pleno conocimiento, tuviera la posibilidad de elegir este tipo de referencia frente a otros. De hecho, si vemos la evolución siempre por encima del Euribor del **IRPH** Entidades, resulta difícil de creer que el prestatario optara por este índice. Se dirá que el **IRPH** no ha dejado de bajar, a lo que se podría decir que igual que el Euribor desde 2008 en adelante. Pero siempre se ha situado por encima del Euribor y esto responde a que constituye el tipo medio al que se han concedido préstamos por las entidades financieras, habitualmente euribor más un margen y gastos (tae). De todo ello sale el **IRPH** al que a su vez se va a sumar un margen y unos gastos.

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".

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** .- 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 este 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 y 41).*

*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, apartado 33)".*

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 la cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses. Por tanto, la nulidad del tipo de referencia





conlleve 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.

Sin embargo en la demanda se confunde la doctrina sentada por el TS en Sentencia de 25.03.2015 para las cláusulas suelo y se solicita que se restituyan las cantidades cobradas en virtud de la cláusula declarada nula desde el 09.05.2013. La doctrina sentada en la STS señalada no es aplicable a la nulidad de otro tipo de condiciones generales de la contratación, como pueda ser la que establece el tipo de referencia, el interés de demora, gastos, etc. Se refiere la "doctrina jurisprudencial" que sienta la referida sentencia exclusivamente a la llamada cláusula suelo. Sin embargo, el principio de congruencia exige ajustar la sentencia a aquello que se pide, o al menos no dar más de lo que se pide. Por ello, los intereses remuneratorios cobrados en aplicación del **IRPH** solo deben restituirse, conforme a lo solicitado, desde el 09.05.2013.

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 Inocencia 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 las partes, documentado en escritura pública de 27.03.2012 autorizada por el Notario Juan Kutz Azqueta bajo el número 465 de su protocolo :

-El primer párrafo de la cláusula Tercera 3.d.1: " Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo medio de interés será el que resulte de adicionar el MARGEN 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 22-7-94 (BOE de 3-8-94) tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

-El primer párrafo de la cláusula Tercera 3.e: " El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomara 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 22-7-94 BOE del 3-8-94, y que se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado en el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

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 la demandante 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, a partir del 09.05.2013.

-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 035515,



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 16 de mayo de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ