



Roj: **SAP VI 680/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:680**

Id Cendoj: **01059370012016100370**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **02/11/2016**

Nº de Recurso: **499/2016**

Nº de Resolución: **341/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA**

#### **ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**

**Sección / Atala:** 1ª/1.

AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P. /PK: 01008

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

**R.apela.merca.L2 499/2016 - B**

**O.Judicial origen / Jatorriko Epaitegia** : UPAD Mercantil - Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz / Merkataritza-arloko ZULUP - Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 355/2015(e)ko autoak

**Recurrente / Errekurtsogilea:** KUTXABANK S.A.

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

**Abogado/a / Abokatua:** IGOR ORTEGA OCHOA

**Recurrido/a / Errekurritua** : Ángeles

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

**Abogado/a / Abokatua:** MARIA MERCEDES BETRAN VISUS

#### **APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por la Ilma. Sra. Magistrada Dª Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, y los Ilmos. Srs. Magistrados D. Iñigo Madaria Azcoitia y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, ha dictado el día dos de noviembre de dos mil dieciséis

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA Nº 341/16**

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 499/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 355/2015, ha sido promovido por **KUTXABANK S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, asistida del letrado D. IGOR ORTEGA OCHOA, frente a la sentencia dictada el 13 de mayo de 2016 . Es parte apelada Dª Ángeles , representada por la Procuradora de los Tribunales Dª ISABEL GÓMEZ PÉREZ DE MENDIOLA, asistida del letrado Dª MERCEDES BETRÁN VISÚS. Actúa como ponente el Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui**.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz dictó en procedimiento ordinario nº 355/2015 sentencia el 13 de mayo de 2016 cuyo fallo dispone:

*"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Ángeles 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."

**SEGUNDO** .- Frente a tal resolución el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., recurso de apelación, alegando:

1.- Infracción legal por considerar negociado el tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario y proceder la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

2.- Infracción legal afirmando la imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato de préstamo.

3.- Incorrecta apreciación del control de transparencia realizado.

4.- Incorrecta apreciación del carácter abusivo de la cláusula discutida.

**TERCERO** .- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 14 de julio, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D<sup>a</sup> Ángeles escrito de oposición al recurso, tras todo lo cual se elevan los autos a esta Audiencia Provincial.

**CUARTO.**- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala el día 9 de junio se manda formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui** .

**QUINTO.**- En providencia de 16 de junio se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 30.

**SEXTO** .- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales esenciales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO .- Sobre los términos del litigio y recurso**

Se ha dictado por el Juzgado de lo Mercantil sentencia que anula el tipo de interés referenciado al índice llamado **IRPH**, previsto en el préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda de D<sup>a</sup> Ángeles suscrito el 27 de marzo de 2012. En dicho préstamo, por importe de 35.000 €, se acuerda que el primer semestre opere un interés fijo del 6,75 % y a partir de entonces, por el resto del plazo para el abono hasta cinco años, interés variable referenciado al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, más 2,25 puntos.

La sentencia apelada entiende que D<sup>a</sup> Ángeles ostenta la condición de consumidora. Partiendo de dicha consideración, mantiene el pronunciamiento impugnado que la incorporación de dicho índice al préstamo se efectúa sin atender las exigencias de información y transparencia que derivan de la normativa bancaria, por lo que concluye que debe declararse nulo, apartándolo del contrato. Además entiende que Kutxabank S.A. debe reintegrar a la prestataria las cantidades recibidas por ese concepto.

La entidad recurrente discrepa esa conclusión, denunciando infracción legal por considerar negociado el tipo de interés en el control de préstamo hipotecario, entiende imposible realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato de préstamo, afirma la incorrecta apreciación del control de transparencia realizado, y defiende el carácter no abusivo de la cláusula discutida, solicitando la estimación de su recurso, y con revocación de la sentencia, la desestimación de la demanda.

Por el contrario, la parte apelada defiende que se mantenga la sentencia en los términos en que se adoptó, desestimando el recurso de apelación con imposición de costas al recurrente.

**SEGUNDO .- Sobre la negociación del tipo de interés y la pretendida exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación**

El primer argumento que utiliza el Kutxabank sostiene que el índice que se declara nulo por falta de transparencia por la sentencia recurrida fue efectivamente negociado con la prestataria, igual que el resto de cláusulas contractuales (capital, plazo, tipos de interés o forma de amortización), por lo que entiende que no son condiciones generales conforme a la definición que contiene el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Considera que ese índice es objeto principal del contrato de préstamo y siempre se negocia, razón por la que difiere en cada caso.

Hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1<sup>a</sup>, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, refutando esa afirmación, que *"El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:*

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

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

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

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

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



de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

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

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): " De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

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

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

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

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

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

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

En relación a este extremo, la STS de 18 de junio de 2.012 indica: "El << carácter negociado de las cláusulas >> , que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 , así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones". El Alto Tribunal analiza en este caso un préstamo concedido a un consumidor por una empresa dedicada a conceder préstamos con intereses muy altos, casi usurarios. La relación empresa-cliente en este caso no es la misma que cuando el prestamista es una entidad bancaria.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental



que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al **IRPH** pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. Lo mismo señala la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015 ".

En el caso que aquí se analiza dice Kutxabank que el préstamo tiene como fundamento refinanciar deudas diversas, obteniendo mayor plazo y menor coste, entregando oferta vinculante que presenta como doc. nº 2 de la contestación a la demanda, folios 123 y ss de los autos. Tal oferta no aparece signada en la página que se refiere a este índice (folio 124), y en la primera, la firma es ilegible, sin que pueda determinarse si corresponde a la prestataria o a alguno de los cuatro avalistas que aseguraron el cumplimiento del contrato.

Reconoce la recurrente que fue Caja Vital, a la que sucede Kutxabank, quien redacta la cláusula tercera d, de forma semejante a la que utiliza en otros contratos como los recogidos en las sentencias antes citadas ( SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 , 29 junio 2016, rec. 334/2016 , 30 junio 2016, rec. 343/2016 , 19 octubre 2016, rec. 447/2016 , y 20 octubre 2016, rec. 473/2016 , 30 junio 2016, rec. 343/2016 , 19 octubre 2016, rec. 447/2016 , y 20 octubre 2016, rec. 473/2016 ). Por ello cabe afirmar, pese a lo que sostiene la recurrente, que nos encontramos ante una cláusula predispuesta e impuesta, es decir, ante una condición general, semejante a otras muchas.

La tesis de la parte apelante es que el índice fue objeto de negociación. Le corresponde acreditar tal negociación, por disponerlo el art. 82.2 del 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 y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Para hacerlo sostiene que la oferta vinculante se entregó -aunque no hay prueba de su recepción-, por lo que la notaría lo hace constar. Pero el fedatario público se limita a indicar que se le ha exhibido la oferta vinculante, dato que no prueba ni que hubiera habido negociación, ni que tal oferta se hubiera entregado previamente a la prestataria.

No consta tampoco, porque ni siquiera se explica por la recurrente, que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que, reiterando lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , y "¿ siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada; "

Ese conjunto de razones conduce a la desestimación del primer motivo del recurso.

### **TERCERO .- Sobre la imposibilidad de realizar control de abusividad**

Sostiene la recurrente seguidamente que no es posible realizar control de abusividad del índice **IRPH** porque es el objeto principal del contrato y no cabe conforme a la doctrina, normas y jurisprudencia que cita. También hemos resuelto la cuestión en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , 31 mayo 2016, rec. 225/2016 , 29 junio 2016, rec. 334/2016 , 30 junio 2016, rec. 343/2016 , 19 octubre 2016, rec. 447/2016 , y 20 octubre 2016, rec. 473/2016 , donde se decía:

*"La sentencia de instancia declaró que el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo sino que es " una cláusula que pese a lo frecuente, sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado". Concluye que es una cláusula accesoria porque el contrato de préstamo es por naturaleza un contrato gratuito ex art. 1.775 y ss CC , una parte entrega dinero u otro bien que deberá ser devuelto, el interés o precio pactado es un elemento accesorio que depende de las partes.*

*El recurrente defiende lo contrario, que el interés es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo, la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación que las entidades crédito formalizan con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades la causa del contrato. Siendo un elemento esencial del contrato, la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional por su carácter abusivo, cuestión que la parte apelada no comparte.*

*Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el parágrafo 188 indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE: las cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom - sino*



a si son "descriptivas" o "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial".

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

Establece el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". El art. 8 de la misma Directiva establece que "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.". Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2.010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye: "42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.". Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2.012, y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: " Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE , así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse



que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".

Partiendo de la jurisprudencia mencionada entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad ( SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015 ). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2.012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2.010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2.013 aclara el problema planteado en 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 comprensibles", 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 "*

*El subrayado es nuestro, queremos distinguir estas conclusiones en cuanto que resuelven el problema planteado por el recurrente. La sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.*

*En nuestro caso, 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, solo 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 significa".*

El asunto que ahora se analiza es semejante, pues las consideraciones jurídicas antes expresadas pueden trasladarse al mismo, lo que determina abordar en el siguiente motivo del recurso.

#### **CUARTO.- Sobre el control de transparencia**

En el tercer motivo del recurso argumenta la parte apelante que ha atendido la exigencia de transparencia, el doble control a que alude la jurisprudencia. Afirma que la cláusula 3.d.1 es clara al fijar el índice entidades, de modo que supera el primero control formal o documental, y el segundo, puesto que se explicó en qué consistía, cuestionando el parecer de la sentencia apelada al respecto.

El art. 5.1 LCGC dispone que "*Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas*". La norma previene además que: "*No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*".

El primer control de transparencia, documental o formal, no consta, porque no hay prueba de que la oferta vinculante fuera realmente entregada a la prestataria, sin que tampoco aparezca incorporada a la escritura de constitución del controvertido préstamo con garantía hipotecaria.

En cuanto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice el vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que "*... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas...*". En coherencia con esa consideración su art. 5 establece que en "*¿ los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*".

Añade el § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que para realizar "*¿ 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*".

Mantiene Kutxabank que se dieron explicaciones y se informó suficientemente. Sin embargo no consta probada la entrega de la oferta vinculante, de modo que un elemento esencial para constatar que se facilitó información no se dispone. Tampoco hay constancia, como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016, de que "*se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices*

*para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta"*  
. Ni se alega, ni se acredita.

Dijimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 que "*¿ Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. 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. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia).*

*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, pero nada de esto ha acreditado".*

En semejante línea se pronuncian las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016 , 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, que insisten en que corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH entidades.

Ante la falta de acreditación de que se hubiera facilitado información, de los términos de la oferta vinculante, de que se hubiera explicado a la clienta las consecuencias de optar por ese índice en lugar de otros de comportamiento más favorable para el prestatario, debe desestimarse el motivo.

#### **QUINTO.- Sobre el índice sustitutivo**

Al disciplinar la falta de eficacia de la cláusula que contiene el tipo de interés concluye la sentencia recurrida que no procede ninguno, lo que critica la apelante al considerar que la DA 15ª de la Ley 14/2013 se vulnera. Tal norma dispone la aplicación del índice sustitutivo, que en la escritura se dice que es el IRPH Cajas, que ha desaparecido. Por ello concluye que el índice aplicable es el señalado en la citada DA 15ª.3.

Sin embargo el art. 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

Dispone el art. 1303 CCv, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH entidades, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el mismo índice Cajas, que también ha desaparecido.

A partir de ahí la pretensión de aplicar la DA 15ª.3 de la Ley 14/2013 no es posible, porque aunque estemos ante un supuesto de incorporación no transparente, pueden aplicarse consideraciones semejantes a las del principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que ha recogido la jurisprudencia que representan las STJUE de 30 de mayo 2013, C-488/11 , caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 14 de junio de 2012, C-618/10 , caso Banesto, y 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, y los ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13 , asunto BBVA, y 17 marzo 2016, C-613/15 , asunto Ibercaja Banco.

Todo ello supone la desestimación del motivo y, consecuentemente, del recurso de apelación.

#### **SEXTO.- Depósito para recurrir**

Puesto que así lo dispone la Disposición Adicional 15ª.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ ), procede la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

#### **SÉPTIMO .- Costas**

Conforme al art. 398.1 LEC , por remisión al art. 394.1, se condena al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación



## FALLAMOS

**1.- DESESTIMAR** el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> CONCEPCIÓN MENDOZA ABAJO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., frente a la sentencia de 13 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 355/2015.

**2.- DECRETAR** la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

**3.- CONDENAR** al recurrente al pago de las costas del recurso de apelación

**MODO DE IMPUGNACION** : Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional así como recurso extraordinario por infracción procesal caso de haber el anterior, por escrito, en el caso de ambos en uno mismo, ante esta Audiencia Provincial y dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** desde el día siguiente a la notificación de aquella, correspondiendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo ( art. 479 LEC ).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros por cada uno de ellos, sin cuyo requisito no serán admitidos a trámite. Los depósitos se constituirán consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 0008.0000 seguido de la clave 06 (casación) y nº del procedimiento, y / o 0008.0000 seguido de la clave 04 (ext. por infracción procesal) y nº de procedimiento, consignaciones que deberán ser acreditadas al interponer el/los recursos ( DA 15<sup>a</sup> de la LOPJ ).

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Presidenta y los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Sr. ponente en el mismo día , lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.