



Roj: **SAP VI 681/2016 - ECLI: ES:APVI:2016:681**

Id Cendoj: **01059370012016100371**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2016**

Nº de Recurso: **511/2016**

Nº de Resolución: **351/2016**

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

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 01.02.2-15/013483

N.I.G. CGPJ / IZO BKLM: 01.059.42.1-2015/0013483

A.p.ord L2 / 511/2016 ¿ A

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 Vitoria / Gasteizko Merkataritzako 1zk.ko Epaitegia

Autos 537/2015 (e) ko autoak

Recurrente/Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

Procurador / Prokuradorea: D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL

Abogado / Abokatua: Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRIZAR

Recurrido / Errekurritua: Dª Camila

Procurador / Prokuradorea: D. LUIS PÉREZ-ÁVILA PINEDO

Abogado / Abokatua: D. ANDONI ECHEVARRIA ARABAOLAZA

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 Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achútegui, ha dictado el día nueve de noviembre de dos mil dieciséis

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 351/16

El recurso de apelación civil Rollo de Sala nº 511/2016, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, derivado de los Autos de Procedimiento Ordinario nº 537/2015, ha sido promovido por **KUTXABANK S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, asistido de la letrada Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRIZAR, frente a la sentencia dictada el 1 de junio de 2016 . Es parte apelada



D^a Camila , representada por el Procurador de los Tribunales D. LUIS PÉREZ-ÁVILA PINEDO, asistido del letrado D. ANDONI ECHEVARRIA ARABAOLAZA. 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 537/2015 sentencia el 1 de junio de 2016 cuyo fallo dispone:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Camila representada por el Procurador Luis Pérez-Ávila Pinedo, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

DECLARO:

La nulidad de las siguientes cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura pública de 24.11.2010 autorizada por el Notario Alfredo Pérez Ávila bajo el número 3115 de su protocolo:

1.- En cuanto al tipo de referencia el apartado 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 que se publica en el BOE de 03.08.94.*

2.- En relación al tipo de referencia sustitutivo, el apartado 3.f: *"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 BOE del 03.08.94, más un margen de un (1,00) punto.*

3.- Apartado 6.a, de la cláusula sexta del siguiente tenor literal: *"Sin perjuicio del derecho de resolución del contrato por parte de la Caja, si el prestatario incurriera en retraso, cualquiera que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago con arreglo a lo establecido en el presente contrato, sea en concepto de pago del principal, intereses, comisiones o gastos, así como en el caso de que vencido el préstamo por cualquiera de las causas previstas contractualmente, el prestatario no reintegrase al total del importe reclamado, está obligado a satisfacer un interés de demora del 17,500 por ciento anual, sin necesidad de previa interpelación, siendo el TAE resultante total el 18,974 por ciento.*

Dicho interés se devengará por días comerciales efectivamente transcurridos, y se calculará sobre las cantidades cuyo pago se haya retraso. Se liquidará de igual forma a la detallada para el cálculo de los intereses ordinarios.

A los efectos de lo dispuesto en el art. 317 del Código de Comercio , la entidad prestamista capitalizará los intereses devengados y no satisfecho que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos".

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 24.11.2011, así como, si se hubieran cobrado, las cantidades correspondientes a intereses moratorios.*

-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".

El 8 de junio de 2016 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva establece:

" 1.- SE ACUERDA rectificar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 1/6/2016 en el sentido que se indica:

2.- La referida resolución queda definitivamente redactada en el particular señalado en los antecedentes, de la siguiente forma:

"frente a KUTXABANK S.A. representada por el procurador Jesús M^a de las Heras ".



SEGUNDO .- Frente a tal resolución el Procurador de los Tribunales D. JESÚS M^a DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., recurso de apelación, alegando:

- 1.- Infracción legal por entender que la prestataria ostenta la cualidad de consumidor, cuando el préstamo está destinado el importe del préstamo al bar de su propiedad.
- 2.- 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.
- 3.- 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.
- 4.- Incorrecta apreciación del control de transparencia realizado.
- 5- Incorrecta apreciación del carácter abusivo de la cláusula discutida.

TERCERO .- El recurso se tuvo por interpuesto mediante resolución de 18 de julio, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D^a Camila 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 18 de octubre se manda formar el Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Sr. Magistrado **D. Edmundo Rodríguez Achútegui** .

QUINTO.- En providencia de 20 de octubre se acuerda señalar para deliberación, votación y fallo el siguiente día 8 de noviembre.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Sobre los términos del litigio y recurso

El Juzgado de lo Mercantil ha resuelto en la sentencia recurrida anular el tipo de interés referenciado al índice llamado **IRPH**, previsto en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito el 24 de noviembre de 2010. En dicho préstamo, por importe de 205.000 €, se acuerda que el primer año opere un interés fijo del 4 % y a partir de entonces, por el resto del plazo para el abono hasta veinte años, interés variable semestral 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 1 punto.

La sentencia apelada entiende que D^a Camila ostenta la condición de consumidora, por ser limpiadora que trabaja por cuenta ajena, aunque disponga de una lonja que suele arrendar como establecimiento de hostelería. 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. También declara nula la cláusula que dispone interés de demora.

Kutxabank cuestiona tal fallo, alegando infracción legal por entender que un préstamo destinado a reformar un bar impide que pueda apreciarse la condición de consumidor de la apelada. Denuncia también indebida valoración de la prueba por considerar no negociado el tipo de interés del 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.

Frente a tal recurso, 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 los hechos probados

La sentencia de instancia, atendiendo a la exigencia del art. 209-2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), declara expresamente probados los siguientes hechos:

- 1.- El 24 de noviembre de 2010 D^a Camila suscribió con Caja de Ahorros de Vitoria y Álava y Araba eta Gasteizko Aurrezki Kutxa, hoy Kutxabank S.A., un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 205.000 €, con un plazo de amortización de 20 años, un tipo inicial fijo el primer año del 4 % y a partir de entonces, un tipo de interés variable resultante de sumar al tipo básico de referencia un margen de un punto.



2.- El tipo de referencia se contiene en la cláusula tercera, apartado 3.d.1, que dice: " 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 que se publica en el BOE de 03.08.94.

3.- En relación al tipo de referencia sustitutivo, el apartado 3.f establece: "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 BOE del 03.08.94, más un margen de un (1,00) punto.

4.- En cuanto a los intereses moratorios el préstamo en su Apartado 6.a, de la cláusula sexta, reza: "Sin perjuicio del derecho de resolución del contrato por parte de la Caja, si el prestatario incurriera en retraso, cualquiera que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago con arreglo a lo establecido en el presente contrato, sea en concepto de pago del principal, intereses, comisiones o gastos, así como en el caso de que vencido el préstamo por cualquiera de las causas previstas contractualmente, el prestatario no reintegrarse al total del importe reclamado, está obligado a satisfacer un interés de demora del 17,500 por ciento anual, sin necesidad de previa interpelación, siendo el TAE resultante total el 18,974 por ciento.

Dicho interés se devengará por días comerciales efectivamente transcurridos, y se calculará sobre las cantidades cuyo pago se haya retraso. Se liquidará de igual forma a la detallada para el cálculo de los intereses ordinarios.

A los efectos de lo dispuesto en el art. 317 del Código de Comercio , la entidad prestamista capitalizará los intereses devengados y no satisfecho que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos".

5.- Kutxabank S.A. está en posesión de un documento, el nº 4 de la contestación, en cuyo encabezamiento figura el título " Información de Financiación, Gastos y Seguros Simulación ", con fecha 9 de noviembre de 2010, sin firma y sin referencia al cliente al que se refiere (prestataria hipotecante o avalista), en el que en diversos cuadros se recogen algunas condiciones que coinciden con las del préstamo antes citado, y que en relación al tipo de interés de referencia principal, no el sustitutivo, dice "Entidad ref. Variable **IRPH** (TAE)". En ese documento nada se dice del interés de demora.

6.- El préstamo se concertó por D^a Camila para financiar una obra de acondicionamiento de un local de su propiedad, destinado a negocio de hostelería, para adaptarlo a la nueva normativa de salida de gases, tal y como le exigió el nuevo inquilino.

7.- D^a Camila es trabajadora por cuenta ajena para la empresa Clece S.A. desde el año 1997 (doc. nº 1 de la contestación). Su pareja, avalista del préstamo, es autónomo, trabajando para una empresa de transporte. La hipoteca, constituida en garantía del préstamo que se suscribe, recae sobre la vivienda de protección oficial propiedad de D^a Camila , sita en la CALLE000 nº NUM000 - NUM001 de Vitoria, y sobre el local comercial ubicado en Bilbao, destinado a bar, que D^a Camila tiene alquilado. Es en dicho bar donde el nuevo inquilino le pide que realice y costee como propietaria la obra para la que precisa financiación. El importe de la inversión es de 42.000 €. Además de ello, con la misma operación refinancia préstamos anteriores. Uno hipotecario, del año 2005, concertado por importe de 172.000 € para la reforma del local de Bilbao (doc. nº 2 de la contestación), y el otro personal por importe de 42.000 €, concertado con motivo de la devolución de fianza de 30.000 € a un inquilino, y para reforma de la cocina del bar (doc. nº 3 de la contestación).

8.- Desde que entra el Euribor opera como índice, el **IRPH** entidades siempre se ha encontrado en valores superiores al primero, al igual que el **IRPH** Cajas (doc. nº 5 contestación).

TERCERO .- Sobre la cualidad de consumidora de la prestataria

3.1.- Alegaciones del recurrente

En el primer motivo del recurso Kutxabank argumenta que la prestataria no ostenta la cualidad de consumidora. Recuerda que en el momento en que se suscribe el contrato el concepto de consumidor es el previsto en el vigente art. 3 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), que prevé: "¿ son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión " .

Partiendo de tal definición, sostiene Kutxabank que el préstamo cuyas cláusulas se discuten fue solicitado para destinar su importe al negocio de hostelería del que es titular, con independencia de que lo explotara directa o indirectamente, lo que conduce a que no pueda ser considerada consumidora en el sentido legal expuesto. Añade también que las STJUE 14 mayo 1991, caso de Pinto, o 3 julio 1997, caso Benincasa, exigen una



interpretación restrictiva del concepto de consumidor, precisando que debe constar que se actúa a margen de actividades profesionales o mercantiles, de manera que los productos adquiridos lo sean para el consumidor como destinatario final, lo que no ocurre en este caso.

Finalmente sostiene que quien alega la condición de consumidor debe probarlo, y entiende que no hay prueba que demuestre dicha cualidad, esgrimiendo el doc. nº 1 de su contestación a la demanda que es un "informe interno" de la prestamista donde aparece que D^a Camila ha sido intimada por el inquilino para reformar el local para que reúna las condiciones que exige la normativa administrativa sobre emisión de gases. Cita también la STJUE 20 enero 2005, C-404/01, que entiende que la persona que concluye un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a esa actividad, no puede invocar la normativa protectora de los consumidores, salvo que el uso profesional sea marginal, lo que la apelante entiende no es el caso, y también la STS 3 de junio 2016, que entiende inaplicable la normativa protectora de consumo a quien no ostenta la condición de consumidor.

3.2.- Valoración de la prueba

En primer lugar debe destacarse que la crítica que la apelante hace a la valoración de la prueba debiera mencionar las razones que conducen a la sentencia a declarar expresamente como hecho probado que D^a Camila ostenta la cualidad de consumidor. Indica la sentencia, y lo hace expresando que es hecho probado, que la prestataria es trabajadora por cuenta ajena para la empresa Clece S.A. desde el año 1997, lo que deduce del doc. nº 1 de la contestación a la demanda.

Nada opone la apelante al respecto, que se limita a protestar reiteradamente que la finalidad del préstamo es realizar una inversión en el local propiedad de la prestataria. Admitiendo que esa es una de las finalidades del préstamo, que también sirvió para refinanciar otras deudas de la prestataria, también es cierto que D^a Camila es, sencillamente, empleada de limpieza. Lo recoge la propia escritura que documenta el préstamo (doc. nº 1 de la demanda, folio 36 de los autos). También lo admite la propia Caja Vital en el informe que acompaña como doc. nº 1 de la contestación, citado por la sentencia, pues al folio 135 de los autos aparece la ocupación y empresa para la que trabaja.

A todo ello se une que la actora afirma en el hecho primero de la demanda que es limpiadora, y la demandada al contestar no lo niega en el correlativo, pues se limita a sostener que D^a Camila es profesional, sin negar que sea empleada de limpieza. De ahí que también pueda considerarse acreditada dicha ocupación de limpiadora conforme al art. 405.2 LEC. La falta de negación del hecho en la instancia, la constancia en la escritura de esa profesión, y los propios datos del informe que elabora el prestamista, corroboran tal convicción.

Por otro lado no hay prueba de que D^a Camila sea profesional o empresaria. No consta en autos que se dedique a la hostelería, el alta correspondiente en el epígrafe procedente, declaraciones fiscales que lo corroboren, o algún indicio, siquiera indirecto, de que sea empresaria del ramo de la hostelería. Lo que consta es que tiene un local comercial, que arrienda a terceros, pero no hay ningún vestigio, pese a las manifestaciones de la recurrente, de que sea empresaria que se dedique a la explotación de un negocio.

Si el apelante no discute los razonamientos que determinan a la juez de instancia a apreciar su condición de trabajadora por cuenta ajena, si además así aparece en el préstamo suscrito, si se reconoce igualmente en un informe interno de la entidad prestamista, y si no se niega de modo expreso al contestar la demanda, sólo cabe concluir, como hace la sentencia apelada, que D^a Camila no es empresaria, sino una limpiadora que además de su vivienda es propietaria de un local comercial.

3.3.- Consideración de consumidor

Partiendo de esos hechos probados, ha de convenirse con la apelante que el concepto de consumidor está expresado en el art. 3 RDL 1/2007. Pero hay que recordar, como hemos hecho en varias ocasiones, la última en SAP Álava, Secc. 1^a, 1 septiembre 2016, rec. 326/2016, que la determinación de esa cualidad ha sufrido una decisiva evolución.

Decíamos en aquella sentencia que en el art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) inicialmente expresaba: "A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". La definición se precisaba, en sentido negativo, en el art. 1.3 LGDCU, al señalar que "No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".



Añadíamos que "La norma enfatizaba, entonces, en la condición de destinatario final, de manera incoherente con las directivas que pretendía incorporar a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, considera consumidor a "toda persona física que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional". En el mismo sentido el art. 2 b) de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas que define como consumidor a "toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional". También el art. 2.2. de la Directiva 97/7 sobre contratos a distancia y el art. 1.2.a) de la Directiva 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo coinciden, como las anteriores, en considerar consumidor a la persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

Esa diferencia entre la nota que caracterizaba el art. 1 LGDCU de 1984, ser destinatario final, y las exigencias del derecho de la Unión Europea que debían haber sido transpuestas, que partían de una actuación ajena a la actividad profesional, motivaron que nuestro Tribunal Supremo, cuando tuvo que decidir qué concepto aplicar, optara por el más conforme al acervo de la Unión Europea. En la STS 18 abril 2013, rec. 1979/2011, se explica que "¿esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13 / CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Todo ello ha conducido a que, en la actualidad, el art. 3 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, haya establecido que "¿son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". De forma coherente con las directivas europeas, la nota esencial que caracteriza al consumidor es actuar con un propósito diverso a su actividad comercial, empresarial o profesional habitual.

Este cambio se explica en el apartado III del preámbulo del mencionado RDL 1/2007, donde se dice: "el consumidor o usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".

Todo ello lo hemos dicho en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 septiembre 2015, rec. 266/2015, 9 diciembre 2015, rec. 618/2015, y AAP Álava, Secc. 1ª, 20 enero 2016, rec. 667/2015, como lo han hecho, también, las SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 octubre 2014, rec. 377/2014, SAP León, Secc. 1ª, 20 julio 2015, rec. 245/2015, SAP Albacete, Secc. 1ª, 20 junio 2014, rec. 53/2014, y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en STJUE 3 septiembre 2015, C-110/14 o ATJUE 19 noviembre 2015, C-74/2015".

Esas razones determinan que en este caso no quepa acoger el reproche del recurrente, pues la prestataria debe ser considerada consumidora. Ha tomado un préstamo para realizar, sin duda, la reforma de un local, y al tiempo, refinanciar sus deudas. Pero ese dato, que tanto se enfatiza, no altera la circunstancia de que es una persona física, y que actúa con un propósito ajeno a su profesión de limpiadora.

Tomar un préstamo que le sirve para mejorar el local comercial de su propiedad y refinanciar su deuda con el banco, no convierte a Dª Camila en empresaria. Tal entendimiento no vulnera jurisprudencia restrictiva alguna sobre la consideración de consumidor, sino que se limita a aplicar la previsión legal al préstamo que se analiza.

De hecho los tribunales así lo vienen entendiendo de forma reiterada. Frente a las sentencias que se esgrimen por el apelante, que analizan casos diversos, nos encontramos ante un caso frecuente en la actividad económica, esto es, una persona física que, en un ámbito ajeno a su profesión, rentabiliza su propiedad mediante el arrendamiento a terceros, circunstancia que no la convierte en empresaria del sector inmobiliario o de la hostelería, como no lo es quien compra un inmueble como inversión (SAP Pontevedra, Secc. 1ª, 14 octubre 2014, rec. 377/2014), o para rehabilitarlo (SAP León, Secc. 1ª, 20 julio 2015, rec. 245/2015), para irse de vacaciones y arrendarlo en verano (SAP Álava, Secc. 1ª, 9 diciembre 2015, rec. 618/2015), para arrendarlo y obtener un complemento a su salario como funcionario público (SAP Albacete, Secc. 1ª, 20 junio 2014, rec. 53/2014), o para completar sus ingresos como traductor (SAP Álava, Secc. 1ª, 1 septiembre 2016, rec. 326/2016).

En definitiva, Dª Camila, trabajadora por cuenta ajena como empleada de limpieza, suscribe en un ámbito ajeno a su profesión un préstamo que destina a mejorar una propiedad de la que obtiene una renta y refinanciar sus deudas, sin dedicarse profesionalmente a la actividad hotelera, de modo que las razones que se esgrimen en este motivo del recurso deben ser desestimadas.



CUARTO .- De la negociación del tipo de interés y la pretendida exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación

A continuación mantiene Kutxabank 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). Entiende que ese índice es objeto principal del contrato de préstamo y siempre se negocia, razón por la que difiere en cada caso, explicando que en éste la cliente tomó en préstamos previos con otros índices distintos.

Sobre esta cuestión ya hemos expuesto criterio uniforme 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 , 20 octubre 2016, rec. 473/2016 y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016 , apartando el argumento, en tanto que "El art. 1 LCGC 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 2.013 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 préstamo controvertido la finalidad de refinanciar deudas previas o invertir en el local no se contempla en la oferta vinculante, que la entidad bancaria ni siquiera aporta a los autos. Ciertamente consta en la cláusula 19 de la escritura (reverso folio 54 de los autos), una indicación de que el notario dice haber leído un anexo por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7 de la OM 5 mayo 1994, pero no hay rastro, pese a lo alegado por la recurrente, de que se hubiera hecho oferta vinculante.

El doc. nº 4 de la contestación a la demanda (folio 155), no es tal, sino una "simulación" ¿como recoge el propio documento- que informa de la financiación, gastos y seguros, información que, además, es incorrecta, porque indica que el período de revisión del interés variable será trimestral cuando en la cláusula 3.a de la escritura que documenta el préstamo (reverso folio 41), claramente consta que es semestral. Finalmente, no consta que dicho documento se entregara a la cliente, porque no aparece su firma ni hay prueba de haberlo recibido.

Si hubo negociación, como se afirma, debe acreditarse, por disponerlo el art. 82.2 TRLGDCU. La pretendida negociación no se prueba, pues ni hay rastro de la oferta vinculante, ni se incorpora a la escritura, ni la información que se dice haber facilitado coincide con la que luego se incorpora al préstamo definitivo, ni se ha demostrado de algún otro modo.



Admite la parte apelante 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 , 20 octubre 2016, rec. 473/2016 y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016). De ahí que sea posible concluir, pese a las razones que opone la apelante, que las dos cláusulas controvertidas, de interés de demora a cuya nulidad se aquieta, y la que determina el índice para remunerar el préstamo, son condiciones generales.

Tampoco hay constancia, ni se alega por la recurrente, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que reiteremos lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 , al explicar que "*¿ 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;* "

Todo ello conduce también a la desestimación de este motivo del recurso.

QUINTO .- Acerca de la imposibilidad de realizar control de abusividad

La recurrente continúa alegando que no cabe 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 , 20 octubre 2016, rec. 473/2016 , y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016 , 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 párrafo 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. 4.2 °, 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 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 "

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".

También en esta ocasión las razones expuestas deben aplicarse, pues nos encontramos ante unos hechos y contrato semejantes. De ahí que el motivo sea desestimado.

SEXTO.- Sobre el control de transparencia formal o documental

Seguidamente explica la parte recurrente que ha atendido la exigencia de transparencia, el doble control a que alude la jurisprudencia que interpreta el art. 5 LCGC, de incorporación o documental, y material o de comprensibilidad (STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 , 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013 , y 25 marzo 2015, rec. 138/2014).

El mencionado 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 precepto deriva del art. 3.2. de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que indica: " *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba* ".

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82.2 del RDL 1/2007 disponen que " *el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba* ". El recurrente habrá de facilitar al tribunal, por lo tanto, prueba suficiente para acreditar que hubo negociación. Si no la hubiera habido, si el consumidor no estaba en condiciones de lograr su supresión, sustitución o modificación, la cláusula ha de considerarse impuesta, pues sólo puede adherirse para contratar, sin posibilidad efectiva de influir en sus términos.

Afirma la parte recurrente que la cláusula 3.d.1 es clara al fijar el índice entidades, de modo que supera el primer control formal o documental. Como se ha dicho en el FJ 4º, no hay prueba de que hubiera oferta vinculante. En la cláusula 19 de la escritura, que aparece al reverso folio 54 de los autos, se indica que el notario dice haber leído un anexo por el que se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7 de la OM 5 mayo 1994, pero tal oferta ni se incorpora a la escritura, ni se ha aportado a los autos, de manera que se desconoce qué decía.

La información que consta en el doc. nº 4 de la contestación (folio 155), como se dijo antes, no se corresponde con la que luego contiene la escritura, pues en lugar de ser los períodos de revisión del interés variable trimestrales, como dice la "simulación", aparecen en el préstamo como semestrales. Tampoco aparece el tipo de interés, o que se entregara la simulación al cliente. Sólo por tal ausencia, debiera declararse la nulidad por falta de transparencia formal o documental del índice discutido, al haberse vulnerado las previsiones del art. 5 LCGC.

SÉPTIMO .- Sobre el control de transparencia material o de comprensibilidad

Respecto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice la STJUE 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , al respecto de las condiciones generales que se incorporan a un contrato bancario, en § 71 que " *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical* ".

Añade en § 73 que " *del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* ", y en el fallo 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".

También nuestra jurisprudencia desarrolla exigencias semejantes respecto a la comprensibilidad de la cláusula cuestionada. El § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, dice 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".

Explica Kutxabank que se facilitaron 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.

En la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, expusimos 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, 20 octubre 2016, rec. 473/2016, y 2 de noviembre 2016, rec. 499/2016, 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.

Incluso el Tribunal Supremo dice sobre esta cuestión en la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, FJ 2º, apartado 9, que si la cláusula no forma parte de las negociaciones y tratos preliminares, se incorpora de forma no transparente. En este caso, a la vista de que no se ha demostrado 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 considerarse no probada la negociación, vulnerada la exigencia de transparencia material, y por tanto, desestimarse el motivo del recurso.

OCTAVO.- Sobre el índice sustitutivo

Cuando se dispone 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.

Al respecto 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.

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

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.

Esas consideraciones conducen a la desestimación del motivo, y por lo tanto, del recurso de apelación interpuesto por Kutxabank.

NOVENO.- 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.

DÉCIMO .- 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. JESÚS Mª DE LAS HERAS MIGUEL, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., frente a la sentencia de 1 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 537/2015.

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 Banco Santander 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 15ª 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 de su fecha, lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.