
Sentencia nº 359/2016 de AP Álava, Sección 1ª, 17/11/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA

ARABAKO PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA

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

Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-15/010527

NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.47.1-2015/0010527

R.apela.merca.L2 / E_R.apela.merca.L2 472/2016 - C

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 414/2015 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK S.A.

Procurador/a/ Prokuradorea: MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

Abogado/a / Abokatua: CARLOS FRANCISCO LOSADA PEREDA

Recurrido/a / Errekurritua: Otilia y Romualdo

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

Abogado/a/ Abokatua: GRACIA MARIA HERRERA DELGADO y GRACIA MARIA HERRERA DELGADO

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. Dª. Mercedes Guerrero Romeo, Presidenta, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. Edmundo Rodríguez Achutegui, Magistrados, ha dictado el día diecisiete de noviembre de dos mil dieciseis,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A Nº 359/16

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 472/16, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 414/15, promovido por KUTXABANK, S.A. dirigida por el Letrado

D. Carlos Losada Pereda y representada por la Procuradora Dª. Maria Concepción Mendoza Abajo, frente a la sentencia nº 145/16 dictada el 30-05-16, siendo parte apelada D. Romualdo y Dª. Otilia dirigidos por la Letrada Dª. Gracia María Herrera Delgado y representados por la Procuradora Dª. Isabel Gómez Pérez de Mendiola, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 145/16, cuyo FALLO es del tenor literal siguiente:

" ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Romualdo y Otilia representados 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 la siguiente cláusula contenida en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura pública de 31.07.2001 autorizada por el Notario Manuel María Rueda Díaz de Rábago número 3.259 de su protocolo:

La cláusula 3 bis .2.c. completa y que señala: "¿el 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 mas un margen de CERO COMA VEINTICINCO puntos".

2. La nulidad de las siguientes cláusulas recogidas en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura pública de 19.05.2006, autorizada por el Notario Félix Ignacio Torres Cía, número de protocolo 1.564:

-El primer párrafo de la cláusula 3 bis.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 3-8-94".A continuación se señala que el margen a adicionar al tipo de referencia anterior es 0,500.

-El primer párrafo de la cláusula 3 bis .2.b : " El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia y se tomara como tal, 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 que se publica en el BOE del 3-8-94, mas un margen de 0,500 puntos"

Se mantiene la vigencia de ambos contratos 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 los contratos su vigencia con las restantes.

-A devolver a la demandante las cantidades cobradas en el préstamo hipotecario de 19.05.2006, 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 10.11.2006 (fecha inicio interés variable).

-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 la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de KUTXABANK, S.A., recurso que se tuvo por interpuesto mediante diligencia de ordenación de fecha 11-07-16, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D. Romualdo y D^a. Otilia escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose, seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 27-09-16 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Iñigo Elizburu Aguirre, y por providencia de 20-10-16 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 25 de octubre de 2016 y se dejó constancia de la composición del Tribunal.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PRIMERO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, valorando lo solicitado en base a las mismas, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que en la sentencia apelada se declara, en primer lugar, la nulidad de la cláusula 3 bis. 2.c. contenida en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, documentado en escritura pública de 31 de julio de 2001, autorizada por el Notario D. Manuel María Rueda Díaz de Rábago número 3.259 de su protocolo. Pues bien, ninguna petición en tal sentido ha articulado la parte actora, ahora apelada, cuyas pretensiones se refieren al préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 19 de mayo de 2006, y dado que el artículo 218.1 de la L.E.C . dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, añadiendo que, harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, procede dejar sin efecto el pronunciamiento del fallo de la sentencia apelada relativo al préstamo con garantía hipotecaria de 31 de julio de 2001 .

SEGUNDO.- Respecto al préstamo hipotecario de fecha 19 de mayo de 2006, hemos de comenzar indicando que, por la parte apelante, se sostiene, en primer lugar, el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario y su consecuente exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Pues bien, ya hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1^a, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, y 29 junio 2016, rec. 334/2016, entre otras, 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 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 >, 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, cuasi 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 ".

Y, consideramos que nos encontramos ante cláusulas predispuestas e impuestas, y por consiguiente, ante condiciones generales, pues son semejantes a las que la ahora parte apelante utiliza en otros contratos como los recogidos en las sentencias: SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016 y 30 junio 2016, rec. 343/2016, entre otras), y si bien se mantiene, en el recurso de apelación, el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario, a la ahora parte apelante le correspondía acreditar tal negociación pues según el artículo 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, en su redacción aplicable al presente caso: el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba, no pudiendo, por ello, ampararse en que es una presunción natural, resultado del conocimiento humano normal, que esas condiciones se negocian, y no consideramos que la haya demostrado, pues tal negociación no se depende de que constituyan el objeto principal del contrato de préstamo, ni de que tanto Caja Vital como Kutxabank hayan concedido préstamos a tipos fijos y a tipos variables referenciados con los índices oficiales más habituales, ni de que en la, según la ahora parte apelante, oferta vinculante, se haga constar: interés de referencia: IRPH total entidades (TAE), no siendo, tampoco, prueba suficiente al respecto que los demandantes solicitaron el préstamo objeto del pleito para agrupar otros cuatro que tenían con Caja Vital (en el préstamo con garantía hipotecaria de 31 de julio de 2001, se recogió el euribor), y no puede desconocerse que, por contra, en la comunicación a la que, según la ahora parte apelante, se acompañó la oferta vinculante, se recoge que si la operación no se formaliza en el plazo de un mes, esta Caja entenderá que no le interesa, o bien, podrá modificar las condiciones ahora señaladas por las que entonces tenga establecidas para esta clase de operaciones (el subrayado es nuestro).

TERCERO.- Aduce, también, la parte apelante, la imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato (si bien, en el recurso, también, se dice que en el momento de la formalización del contrato, la elección de uno u otro índice oficial para referenciar el tipo de interés de la operación es irrelevante para las partes).

A este respecto, procede dejar constancia de que en la sentencia del Tribunal Supremo nº 628/15, de 25 de noviembre, se dice que:

"¿Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable¿".

Pues bien, sobre tal transparencia (procediendo recordar que en la demanda rectora del

presente procedimiento se habla de: falta de transparencia por cuanto los prestatarios no han sido en ningún momento informados de su modo de determinación, de su evolución más reciente, de su previsible evolución y de la influencia que va a tener en su economía¿), en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 se argumenta que:

"¿2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[I]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

2.2. Conclusiones. 202. Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor.

203. Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC¿.

2.2. El doble filtro de transparencia en contratos con consumidores.

209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

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

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es

insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato;

2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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

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

Y, en la posterior sentencia de 29 de abril de 2015, que:

"..3.- En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia).

Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo . Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « 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 .

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de

manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo ¿".

Pues bien, partiendo de que los ahora apelados merecen la consideración de consumidores pues según el artículo 1.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios : 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, consideramos que no cabe concluir que la ahora recurrente suministrase la debida información (correspondiendo la carga de la prueba a la ahora apelante, respecto de la cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de sus clientes, por cuanto desde la perspectiva de éstos últimos (los clientes) se trataría de probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información) a los ahora apelados para que estos tuvieran un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juegan o podían jugar las cláusulas en cuestión en la economía del contrato, en concreto, sobre cómo se determinaban los tipos de referencia en cuestión, su evolución, las diferencias sobre ello con otros, entendiendo que ello produjo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le suponía obtener la prestación objeto del contrato según contratase con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo (en esta misma línea, en la SAP Álava, Secc.1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, se argumentó que la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin

explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas, ya que según el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación : en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y conforme al artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción aplicable al presente caso: serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad, e insistiendo en que según el artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción aplicable al presente caso: serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo, nos remitimos a lo argumentado al respecto en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, argumentos que, sustancialmente y por lo que se refieren a las consecuencias, compartimos (incluido, por tanto, el razonamiento por el que la Juzgadora de instancia sostiene que no cabe la integración del contrato), y dado que el Tribunal Supremo reiteradamente viene admitiendo la motivación por remisión (en este sentido, sentencias como las de 19 de octubre de 1999, 3 de febrero y 5 de marzo de 2000, 2 de noviembre y 29 de diciembre de 2001, 21 de enero de 2002 y 17 de junio de 2004).

QUINTO.- Por todo lo expuesto, el recurso de apelación resulta parcialmente estimado, si bien la demanda sigue siendo íntegramente estimada y, en consecuencia, procede mantener el pronunciamiento de la sentencia apelada relativo a las costas de la primera instancia, y ello, por su propio fundamento.

SEXTO.- En relación a las costas de esta alzada, partiendo de lo dispuesto en el artículo 398 de la

L.E.C . y dado el sentido y contenido de la presente sentencia, no procede verificar especial pronunciamiento sobre las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank, S.A., representada por la Procuradora Sra. Mendoza, frente a la sentencia dictada, con fecha 30 de mayo de 2016, por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad en el Juicio Ordinario seguido ante el mismo con el número 414/2015, del que este Rollo dimana, y **REVOCAR PARCIALMENTE** la misma en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo al préstamo con garantía hipotecaria de 31 de julio de 2001, **CONFIRMÁNDOLA** en el resto, y todo ello sin verificar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª, en su apartado 8, de la L.O.P.J ., procédase a la devolución, a la parte apelante, de la totalidad del depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACIÓN : contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TS, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008 0000 00 0472

16. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Al escrito de interposición deberá acompañarse, además, el justificante del pago de la tasa judicial debidamente validado, salvo que concurra alguna de las exenciones previstas en la Ley 10/2012. Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.