

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA ARABAKO
PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**



AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008 Tel.: 945-004821

Recurrente: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO
FINANCIERO DE CREDITO

Procurador/:PATRICIA LASCARAY PALACIOS -Abogado:

Recurrido:

Procurador: SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO y SORAYA
MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO

Abogado: MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y Dª. M. Belén González Martín, Magistrados, ha dictado el día diecisiete de mayo de dos mil diecisiete

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N º 243/17

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº xxx/17, procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, Autos de Juicio Ordinario nº xxx/15, promovido por UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., dirigida por la letrada Dª. Elena Valero Galaz y representada por la Procuradora Dª. Patricia Lascaray Palacios frente a la sentencia nº 190/16 dictada el 30 de septiembre de 2.016, siendo parte apelada xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx dirigidos por la letrada Dª. Maite Ortiz Perez y representados por la Procuradora Dª. Soraya Martinez de Lizarduy Portillo y siendo Ponente la Ilma. Sra. Dª. M. Belén González Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria se dictó sentencia nº 190/16 cuyo FALLO es del tenor literal siguiente:

"ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx representados por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy, frente a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. E.F.C. representada por la Procuradora Patricia Lascaray Palacios DECLARO:

1. La nulidad de la totalidad de la Cláusula Tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 16.06.2006 ante el Notario Juan Kutz Azqueta bajo el número 1.081 de su protocolo.
2. La nulidad de la totalidad de la Cláusula Sexta del mismo contrato referida al interés de demora.
3. La nulidad de la parte de la Cláusula Tercera que para el cálculo de los intereses establece una fórmula o método de cálculo que parte de un año de 360 días.

Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas. Y CONDENO a la demandada:

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

-A devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. Asimismo y si se hubieran cobrado, deberá restituir las cantidades cobradas en concepto de interés de demora durante toda la vida contractual.

-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 UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A., recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 10-01-2017 dándose el correspondiente traslado a la contraparte personada por diez días para alegaciones, presentando la representación de

D. JAVIER MORO ANTOLIN y D^a. VIRGINIA NIETO CARMONA, 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, con fecha 22-03-2017 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia a la Ilma. Sra. M. Belén González Martín señalando mediante providencia de fecha 30-03-2017 para deliberación, votación y fallo el 11 de mayo de 2.017.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del recurso y sus motivos y la sentencia de instancia.

El Juzgado de lo Mercantil ha anulado el tipo de interés referenciado al índice llamado IRPH, que contiene el préstamo con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda que las partes suscribieron el 16 de junio de 2006 con Unión de Créditos Inmobiliarios S.A. E.F.C. (en adelante UCI) y ante Notario Sr. Kutz Azqueta, con nº de protocolo 1.081.

El capital del préstamo se concretó en 124.800 euros con un plazo máximo de amortización de 40 años, a un tipo fijo inicial durante los primeros doce meses del 4,24% (incrementados si se cambia el adeudo de la cuenta pactada) y un interés variable a partir del decimotercer mes que resulte de adicionar al tipo básico de referencia un diferencial del 0,25% (incrementados en 0,10 %) si se cambia el adeudo de la cuenta pactada). La cláusula tercera bis regula el tipo de interés de referencia que será el de los préstamos hipotecarios de más de tres años de las Cajas de Ahorros y el índice sustitutivo, el IRPH entidades, y en su defecto el equiparable que publique el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda, instituciones públicas o privadas de la Unión Económica y Monetaria por éste orden.

Además se señala el cálculo de los intereses sobre 360 días a fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo diario. En la cláusula sexta se pacta un interés de demora del 18% aplicable a cada cuota impagada.

Considera la sentencia recurrida que los demandantes merecen la condición de consumidores al haber solicitado el préstamo para la adquisición de vivienda habitual. A partir de ahí, 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. Del mismo modo considera nula la cláusula tercera referida al cálculo de los intereses ordinarios con la utilización del año comercial de 360 días, así como la cláusula sexta del contrato referida a los intereses de demora. A todo ello añade que UCI S.A. deberá reintegrar a la prestataria las cantidades recibidas por ese concepto a lo largo de toda la vida del contrato.

Discrepa la apelante de esa conclusión, denunciando infracción legal por considerar negociado el tipo de interés en el control de préstamo hipotecario; entiende imposible realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio, como objeto principal del contrato de préstamo; afirma la incorrecta apreciación del control de transparencia realizado; y defiende el carácter no abusivo de la cláusula discutida referida al índice de referencia. De igual modo considera válida la utilización del año comercial de 360 días y el pacto de los intereses de demora. Impugna la declaración de nulidad y sus consecuencias a lo largo de toda la vida del contrato, solicitando la estimación de su recurso, y con revocación de la sentencia, la desestimación de la demanda. Igualmente se opone a la condena en las costas de la instancia.

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.- Del carácter negociado del tipo de interés y su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

El primer motivo de apelación de la Unión de Créditos Inmobiliarios argumenta que el índice que se declara nulo por falta de transparencia por la sentencia recurrida no es un índice manipulable y no es un índice que perjudique a los prestatarios en relación con el Euribor, cumpliendo plenamente los requisitos de inclusión y transparencia ya que fue efectivamente negociado con los prestatarios por UCI, igual que el resto de cláusulas contractuales, por lo que entiende que ese índice es objeto principal del contrato de préstamo y siempre se negocia, razón por la que difiere de la resolución recurrida.

Hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, y 29 junio 2016, rec. 334/2016, en relación con ésta cuestión planteada, 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 <<carácter negociado de las cláusulas>>, que excluye la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en el ámbito de la contratación previsto en el artículo 10, en su nueva redacción dada por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, así como lo dispuesto por esta última en orden al control de inclusión, transparencia y reglas de interpretación (artículo 1 en relación con los artículos 5 y 6 de la Ley), también debe darse prevalencia a la consideración que realiza la sentencia de Apelación que, en el marco de la prueba practicada, no impugnada por la parte recurrente, llega a la conclusión del carácter negociado de estas cláusulas no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras. Frente a esta consideración, la mera alegación de que la parte recurrente no participó en la redacción del contrato no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones". El Alto Tribunal analiza en este caso un préstamo concedido a un consumidor por una empresa dedicada a conceder préstamos con intereses muy altos, casi usurarios. La relación empresa-cliente en este caso no es la misma que cuando el prestamista es una entidad bancaria.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156),

como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157). Y en este caso la apelante no desvirtúa el razonamiento de la sentencia de instancia cuando señala que no hay rastro documental que permita apreciar la existencia de alguna oferta de otra opción para acogerse a otros índices oficiales, para llegar a la conclusión de que a la cliente se le ofreció el préstamo con el tipo de interés variable referenciado al IRPH pudiendo ésta simplemente aceptarlo o rechazarlo. Lo mismo señala la SAP Guipúzcoa de 10 de julio de 2.015”.

En el caso que aquí se analiza, dice la UCI que cumplió con el deber de transparencia e información, así como que se hizo entrega de la oferta vinculante. Para ello, la entidad demandada aporta abundante prueba documental, parte de la cual –como ya se verifica en la instancia- se encuentra firmada, parte no firmada. Sin embargo, la entidad demandada no tiene oficinas abiertas al público en la que se puedan realizar gestiones como en otras sucursales bancarias, por lo tanto, no tiene empleados que mantengan un contacto directo con el cliente, no se puede realizar ningún tipo de negociación, ni se puede acreditar que se haya discutido la oferta vinculante. Según se acredita en las actuaciones por el testimonio de la Sra. Villa, con éste tipo de entidades bancarias, el intermediario es el que hace entrega de los papeles remitidos al cliente y éste los firma, no existe el deber de informar ni negociar por parte del intermediario.

Por otro lado es la UCI quien redacta la cláusula tercera bis, de forma semejante a la que utiliza en otros contratos como los recogidos en las dos sentencias antes citadas (SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016 y 29 junio 2016, rec. 334/2016). De ahí que pueda concluirse, pese a lo que sostiene la recurrente, que nos encontramos, por tanto, ante una cláusula predispuesta e impuesta, es decir, ante una condición general, semejante a otras muchas.

Mantiene la entidad recurrente que el índice fue objeto de información, confundiendo la información con la negociación. Le corresponde acreditar tal negociación desde el momento en que niega que tales cláusulas son condiciones generales de la contratación, por disponerlo el art. 82.2 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Para justificar que hay tal negociación, únicamente aporta la prueba documental, sin que de esa aportación se pueda deducir que los clientes tuvieron algún tipo de influencia en la redacción de las cláusulas impugnadas, o pudieran haber alterado su contenido o influir en su redacción. También se asegura que el hecho de que se emitiera oferta vinculante y remitiera a la notaría acredita la negociación. Esa afirmación no puede compartirse, porque lo que acreditaría sería que se emite la oferta, no aportada por las partes, que coincide con lo que luego recogerá el préstamo, se dirige al fedatario público y ésta hace constar en la escritura su existencia y términos. Esos datos, sin embargo, no ponen de manifiesto que hubiera negociación previa, sino los términos de la oferta que en su caso se hubiera hecho, oferta que no consta.

Tampoco hay constancia, porque ni siquiera se explica por la recurrente, de que se ofrecieran índices diversos, menos perjudiciales por su comportamiento para el cliente. De ahí que, reiterando lo que expusimos en la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, y “... siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2.013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones Generales de la Contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos

de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada...”

Todo ello conduce a la desestimación del primer motivo del recurso.

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

Argumenta la recurrente que no cabe que se realice 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 y 29 junio 2016, rec. 334/2016, 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. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

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

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

completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: " Por otra parte, en el Derecho de los consumidores informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE , así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio " interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".

Partiendo de la jurisprudencia mencionada entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTS de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado 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”.

Siendo similares las circunstancias esta doctrina también ha de aplicarse al caso de autos, por lo que procede entrar en el siguiente motivo del recurso.

CUARTO.- Sobre el control de transparencia.

Considera la parte apelante que ha atendido la exigencia de transparencia, el doble control a que alude la jurisprudencia. Afirma que la cláusula 3 bis es clara al fijar el índice IRPH, de modo que supera el primero control formal o documental, y el segundo, puesto que se explicó en qué consistía, reprochando a la sentencia recurrida su argumentación en contrario.

Dispone al respecto el art. 5.1 LCGC 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”.

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

Añade el § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que para realizar "...este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

Sostiene UCI que se informó suficientemente. Se aporta para ello la prueba documental que se reseña en la resolución de instancia que se recurre, consistente en diversos documentos que constituyen la totalidad de la "oferta vinculante" que se reproduce literalmente en la escritura pública. Realmente sí se acredita que dicha oferta fue entregada al apelado, pero la entrega se realizó por un intermediario de la entidad de crédito que presentó el ejemplar a los clientes quienes lo firmaron para que la misma fuera devuelta a la entidad bancaria (que es quien la aporta el procedimiento) puesto que no consta que se entregara ninguna copia a los apelados.

Tampoco se realiza una clara información de las características del crédito contratado, ni el documento nº 6 ni el documento nº 7 ofrecen al cliente una información veraz sobre el importe de las cuotas en un escenario diferente ya que no se utilizan los elementos propios del contrato pactado, ni se realiza una simulación que pueda "permitir al prestatario percibir el coste comparativo de contratar un préstamo con el IRPH o hacerlo con otro índice como el euribor".

Como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016, no hay constancia 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". Nada de esto consta acreditado.

En la SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, con referencia a otra entidad bancaria rec. 619/2015 dijimos que "Y lo que es más importante a nuestro entender, 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”.

Otro tanto se mantiene en las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, y 29 junio 2016, rec. 334/2016, 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.

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

QUINTO.- Utilización del año comercial de 360 días como divisor para el cálculo de los intereses devengados.

Considera la parte apelante que la señalada base de cálculo de los intereses ordinarios devengados es reconocida por el Banco de España y se trata de un uso plenamente consolidado.

Este cálculo se basa en el denominado año comercial, conforme al cual se toma en consideración un año comercial para el devengo de los intereses y una base de cálculo de 365 días.

El uso de ésta práctica fue muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria de su Servicio de Reclamaciones del año 2009, que ya señala la sentencia que se recurre, considerándose ya por varias Audiencias Provinciales como una fórmula impuesta en detrimento o en perjuicio del consumidor. Siendo la más reciente la nombrada por la resolución recurrida, AP de Pontevedra de 5 de mayo de 2016.

Sin duda éste uso puede afectar al préstamo hipotecario tipo que se pacta en la mayoría de las ocasiones por los consumidores y usuarios. Si se utiliza por la entidad bancaria las formulas correctas y equilibradas de 365/365 o 360/360 multiplicamos el capital por el interés y lo dividimos entre 365 días obteniendo así el interés diario, éste resultado se multiplica por la totalidad de los días del año y así se conocen los intereses anuales.

La diferencia entre aplicar una u otra fórmula es importante, la aplicación de averiguar el interés diario dividiendo entre 360 provoca siempre una diferencia a favor de la entidad financiera de forma anual, lo que multiplicado en éste caso concreto por los 40 años de amortización del préstamo provoca un importante resultado que el deudor hipotecario ha abonado de más al banco. Resultado que se agrava en las hipotecas multidivisa.

El artículo 89 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios califica de cláusula abusiva la que implique “incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso, expresados con la debida claridad o separación”.

La cláusula, además, es contraria al anexo V de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no".

También se ha de indicar que la directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y que debía de haber sido traspuesta el 26 de Marzo de 2016 como fecha límite, rechaza la aplicación de fórmulas de cálculo basadas en el año de 360 días o año comercial y establece el método 365/365 en el cálculo de la T.A.E. imponiendo así un sistema matemático y moralmente equilibrado.

Por todo lo cual, la Sala no puede considerar y admitir la pretensión de la recurrente ya que si bien la entidad puede optar de manera lícita por una base de cálculo de 360 días, lo hará siempre y cuando mantenga la ficción al computar el tiempo efectivamente transcurrido. El perjuicio injustificado al consumidor se produce cuando –como ocurre en el supuesto de autos- una entidad financiera utiliza la base 360 pero aplica, a sensu contrario, el año natural para el cómputo de los días transcurridos, práctica que a lo largo de la vida de un préstamo hipotecario suele acarrear un notable sobrecoste.

El motivo del recurso debe ser desestimado.

SEXTO.- Interés de demora. Consecuencias de la nulidad.

También denuncia en el motivo noveno la abusividad del interés de demora convenido en la cláusula 6ª, que asciende al 18 % anual.

La apelante acepta la declaración de nulidad de la cláusula sexta en la que se recoge el interés de demora, pero no se muestra conforme con las consecuencias declaradas de la nulidad en la resolución que se recurre. Entiende que una vez declarada la nulidad es preciso aplicar como tipo de interés de demora sustitutivo el interés remuneratorio.

Han de reproducirse las razones expuestas en anteriores resoluciones por ésta misma Sala, y resaltar que el interés de demora no puede ser objeto del contrato de préstamo por ser éste naturalmente gratuito según el art. 1755 CCv. Si el contrato de préstamo se reconoce sin interés remuneratorio, es posible igualmente sin el interés de demora, que no constituye por ello ni objeto esencial (que es la restitución de lo recibido), ni precio (que será el tipo de interés remuneratorio si se conviene).

Señalado lo anterior debemos mantener la reiterada doctrina que ésta y otras Audiencias mantienen al respecto. Dijimos en AAP Álava, Secc. 1ª, 19 diciembre 2014, rec. 400/2014, que “El fundamento de la declaración apelada es que se trata de un interés desproporcionado para las circunstancias del caso, conforme al art. 82.1 RDL 1/2007 que considera “...abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

La recurrente defiende la validez de la previsión de un interés de demora, citando la jurisprudencia al respecto, que no está en discusión. La introducción de un interés de esa clase es admisible, tiene por finalidad indemnizar los perjuicios que padezca el acreedor, incentivar el abono y servir de pena al deudor que incumple, a diferencia de la finalidad remuneratoria del interés pactado para retribuir el préstamo.

Pero la declaración del auto recurrido no se basa en que no quepa interés de demora, sino en su consideración de desproporcionado para las circunstancias del caso, sin que conste haya sido objeto de negociación de buena fe. Revisando lo resuelto por el auto, se constata que el interés señalado se añade una importante garantía, la hipotecaria, que no justifica una elevación por encima de lo habitual en otras disposiciones normativas. Éstas, además, evidencian que el interés legal en 2011 era del 4 %, de modo que el de demora casi lo cuadruplica. Ese año, para situaciones de mora, el art. 1108 del Código Civil (CCv) establece como importe en defecto de pacto el interés legal, es decir, el 8 %. En el caso de empresarios, cuya protección al efecto es inferior que los consumidores, el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés que en el primer semestre de 2011 es del 8 % (BOE 31/12/2010). Y a efectos tributarios la mora que señala el art. 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), era en esa fecha del 5 %.

Tal comparativa pone de manifiesto lo acertado de la argumentación judicial apelada y desmiente la pretendida vulneración del art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, puesto que se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes. El interés pactado supera notablemente cualquiera de las referencias señaladas. Si atendemos al interés legal, casi lo cuadruplica. En cuanto a los moratorios, también los supera sobremanera. Dispone el art. 85.6 del RDL 1/2007, que el interés moratorio ha de calificarse de abusivo, y en consecuencia nulo, en la medida en que suponga “la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”, indemnización que es la razón de ser de los intereses de demora. El esfuerzo que ha de hacer el profesional para recobrar lo debido no justifica ese importe, pues puede verse resarcidos con otro interés más proporcionado, como ponen de manifiesto los datos citados. No es razonable suponer que los ejecutados hubieran aceptado el importe del interés atendido el marco normativo antes expresado, de haber existido una negociación en términos de igualdad. En definitiva, el

interés demora a 18 % en 2011 merece la consideración de abusiva que le atribuye el auto recurrido”.

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en los AAP Álava, Secc. 1ª, 27 mayo 2015, rec. 121/2015, 13 noviembre 2015, rec. 556/2015, 21 mayo 2016, rec. 218/2016, o 2 junio 2016, rec. 210/2016, entre otros. También lo ha dispuesto la STS 11 septiembre 2014, rec. 1438/13 en un supuesto en que alcanzaba el 29 %.

Todas estas razones justifican considerar estos intereses de demora como abusivos. Las consecuencias de tal abusividad son la desaparición íntegra de la cláusula, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE que se ha citado en el Fundamento Jurídico 6º.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado numerosas resoluciones que impiden que el tribunal nacional “integre” la cláusula abusiva para que deje de serlo, reiterando su jurisprudencia anterior ya citada. Así el ATJUE 17-3-16, C-613/15, asunto Ibercaja Banco, que resolviendo una cuestión de un juzgado de Alcobendas sobre nuestra ley concluye que puede haber abusividad en el importe del interés de demora pese a las previsiones del art. 114 Ley Hipotecaria (LH) y 693 LEC, que limita el importe al triple del interés legal, puesto ambas normas pueden aplicarse a préstamos que no afecten a consumidores, que también se verían amparados por sus disposiciones.

Además su jurisprudencia, ya expuesta, se ratifica por ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13, asunto BBVA, que en § 34 afirma: “En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula (sentencias Asbeek Brusse y de Man Garabito, C 488/11, EU:C:2013:341, apartado 59, así como Unicaja Banco y Caixabank, C 482/13, C 484/13, C 485/13 et C 487/13, EU:C:2015:21, apartado 29)”.

Consecuencia de tal jurisprudencia, que garantiza el principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13, es que la cláusula de interés de demora no puede mantenerse reduciendo su importe, ni aplicando como interés sustitutivo el remuneratorio, sino que debe ser extrañada en su totalidad, por abusiva y nula, del contrato de autos. A mayor abundamiento, en el presente proceso se ha declarado igualmente nulo el interés remuneratorio pactado para toda la vida del contrato a lo largo del primer año, el IRPH entidades y el IRPH Cajas, por lo que el préstamo debe subsistir sin interés de ningún tipo, ni moratorio, ni remuneratorio, por haberse apartado el mismo del contrato, y siendo cierta la jurisprudencia alegada por la parte recurrente en el recurso de apelación en la que el Tribunal Supremo permite la aplicación del interés remuneratorio una vez que se declara la nulidad del interés de demora, lo es cuando el remuneratorio subsiste en el contrato, pero no cuando del mismo se predica igualmente la nulidad.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Devolución de los intereses cobrados en exceso por aplicación de la cláusula suelo declarada nula a lo largo de toda la vida del contrato y no a partir de la publicación

de la STS de 9 de mayo de 2013. Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016. STS de fecha 24 de febrero de 2017.

La STS de 9 de mayo de 2013 que veía siendo aplicada, declaraba en el punto décimo de su fallo: “No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de la sentencia”. Esta resolución determinaba que las entidades bancarias solo debían devolver las cantidades que se hubieran cobrado en aplicación de la cláusula suelo a partir de la declaración judicial de nulidad de la misma, con ella se aúna la decisión discrepante que existía con anterioridad y por la que algunos Juzgados y Tribunales, como esta Audiencia consideraba que en el ejercicio de acciones individuales de nulidad era de plena aplicación el artículo 1303 del CC en relación con el artículo 9 de la LCGC, atendiendo a la propia jurisprudencia del TS en otros supuestos de nulidad. Con dicha resolución el TS ponía fin a la disparidad de criterios en los distintos Juzgados y Tribunales.

El TJUE analiza la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 y la de 25 de marzo de 2015, la primera porque en dicha resolución el TS “...con fundamento en el principio de seguridad jurídica, limitó la eficacia temporal de su sentencia y dispuso que ésta sólo surtiría efectos a partir de la fecha de su publicación, declarando que la nulidad de las cláusulas suelo controvertidas no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados antes del 9 de mayo de 2013, de manera que tan sólo deberían restituirse las cantidades indebidamente pagadas, sobre la base de tales cláusulas, con posterioridad a aquella fecha”; la segunda porque “el TS conformó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor que reclamaba la restitución de las cantidades indebidamente pagadas sobre la base de una cláusula de éste tipo. Al proceder de ésta manera, el Tribunal Supremo hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la sentencia de 9 de mayo de 2013 en lo relativo a las acciones colectivas de cesación. Así pues, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 25 de marzo de 2015, la obligación de restitución se limitó exclusivamente a las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013”.

En definitiva, según el TJUE procede examinar si el artículo 6.1 de la mencionada Directiva debe interpretarse en el sentido de que autoriza a que un tribunal nacional establezca una limitación de éste tipo.

El TJUE resuelve lo siguiente en los ordinales 67 a 75 y concluye:

“72. Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de éste tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.

73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional –como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha de la resolución judicial mediante a que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1 de la citada Directiva (sentencia 14 de marzo de 2013, Ariz).

74. En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el tribunal Supremo acordó e la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.

75. De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración de carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1 de dicha Directiva, de una cláusula contenido en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

La reciente STS 123/2017 de fecha 24 de febrero de 2017, señala:

“QUINTO.- Resolución del único motivo de casación. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación.

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE .

4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión”.

Dicho lo cual, y puesto que en el recurso de apelación se interpone por la parte demandada frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 se apunta como uno de los motivos de apelación la oposición a la declaración por la cual la entidad demandada es condenada a devolver las cantidades en aplicación de la cláusula declarada nula a lo largo de toda la vida del contrato, considerando que únicamente se podrá condenar a la devolución de dichas cantidades desde la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, hasta la efectiva supresión de la cláusula, el motivo debe ser desestimado con base a lo establecido en la resolución del TJUE y en la del TS, confirmando la sentencia apelada.

El motivo debe ser desestimado.

OCTAVO.- 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

F A L L A M O S

1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales D^a PATRICIA LACARAY PALACIOS, en nombre y representación de UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, frente a la sentencia de 30 de septiembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 515/2015, la cual debemos confirmar y confirmamos.

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 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 podrán interponer 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 0156 17. 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.

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 la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.