



Roj: **SAP B 9317/2016** - ECLI: **ES:APB:2016:9317**

Id Cendoj: **08019370152016100247**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **20/12/2016**

Nº de Recurso: **536/2015**

Nº de Resolución: **306/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO NÚM. 536/2015-2ª

JUICIO ORDINARIO NÚM. 275/2014

JUZGADO MERCANTIL NÚM. 7 BARCELONA

**SENTENCIA núm.306/2016**

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

MANUEL DÍAZ MUYOR

En la ciudad de Barcelona, a veinte de diciembre de dos mil dieciséis.

**Parte apelante** : CATALUNYA BANC, S.A.

**Letrado/a** : Sr. Cristina Delgado Fernández de Heredia

**Procurador** : Sr. Ignacio de Anzizu Pigem

**Parte apelada** : Micaela

**Letrado/a**: Sr. Arcadi Sala-Planell Esque.

**Procurador**: Sra. Joana Maria Miquel Fageda

**Resolución recurrida**: sentencia

**Fecha**: 30 de marzo de 2015

**Parte demandante** : Micaela

**Parte demandada**: CATALUNYA BANC, S.A.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: "Estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª Joana María Miquel Fageda, actuando en nombre y representación de Doña Micaela :

Declaro nula por abusiva la condición general de la contratación contenida en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo de fecha 1 de diciembre de 2005, a la que se subrogaron los actores, que establece como índice de referencia el **IRPH** cajas de ahorro



Se acuerda que se procede a la nueva liquidación del préstamo de acuerdo con el Anexo V y Anexo VI del informe pericial aportado con la demanda como documento número 17, con inaplicación de la cláusula **IRPH** y calculando el Crédito hipotecario al Euribor más un punto.

Condeno a la entidad demandada a la devolución a la actora de la cantidad de 4.939 euros, cantidad liquidada de más en concepto de intereses y no amortización hasta la fecha de 31 de Octubre de 2013, más las liquidaciones que se sigan devengando con posterioridad a esta fecha y a la interposición de la demanda, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

Se imponen las costas de este proceimiento a la parte demandada".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 15 de septiembre de 2016.

Actúa como ponente el magistrado Sr. D. MANUEL DÍAZ MUYOR.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### PRIMERO . Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia

1. Micaela instó frente a Catalunya Banc, S.A. la nulidad, por abusiva, de una estipulación incluida en el contrato de préstamo hipotecario que las partes suscribieron el día 1 de diciembre de 2005. Concretamente, la estipulación cuestionada fue la siguiente: "TERCERO BIS.- Determinación del tipo de interés variable.- El tipo de interés nominal aplicable durante la segunda fase, se determinará y aplicará anualmente, devengándose con la periodicidad establecida en el pacto anterior, y será el resultado de incrementar con un diferencial de cero con quince puntos el porcentaje publicado por el Banco de España como referencia oficial bajo la denominación de "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros", en el Boletín Oficial del Estado, sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal".

Exponía la demanda que la referida estipulación había sido impuesta en el contrato por la parte demandada y resultaba abusiva para la prestataria.

2. Catalunya Banc, S.A. se opuso a la demanda alegando que la cláusula cuestionada no podía ser considerada abusiva por no tener que someterse al control de abusividad, y que el índice fijado en la misma era transparente, rechazando también la pretensión de nulidad del contrato por dolo contractual de la demandante.

3. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda considerando que la estipulación impugnada era ilícita.

4. El recurso de la demandada insiste en la validez del cláusula impugnada y en la plena validez del contrato.

### SEGUNDO .- La sentencia de instancia y las alegaciones de la parte apelante.

5. La sentencia de instancia considera como hechos probados que la demandante acudió a la sucursal de la entidad demandada de la que es cliente habitual en Badia del Vallés, dada su intención de adquirir una vivienda sita en c/ DIRECCION000 , NUM000 , POLÍGONO000 , Cerdanyola del Vallés, planta NUM001 , puerta NUM002 .

6 . Para ello se le concedió por la demandada un préstamo con garantía hipotecaria por un capital de 121.000 euros, que se amortizaría en el plazo de 30 años, desde el 1 de enero de 2005, a pagar en 360 cuotas mensuales y con un interés calculado, en una primera fase, desde el 1 de diciembre de 2005, fecha en que se otorgó la escritura de préstamo, hasta el 31 de diciembre de 2006, a un interés nominal fijo del tres con setenta por ciento.

7 . En una segunda fase, y hasta la finalización del préstamo, el interés sería variable y se aplicaría anualmente según la cláusula tercera bis que se ha transcrito anteriormente en el párrafo primero de estos antecedentes.

8 . La sentencia recurrida, tras efectuar una serie de consideraciones de carácter general respecto de la aplicación de la normativa correspondiente al caso, describir lo que se entiende por condiciones generales de la contratación y advertir que las mismas se someten a un doble control de transparencia y abusividad cuando la parte no predisponente de las mismas es un consumidor, concluye afirmando que la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario, objeto de la presente litis, es nula.

9. La demandada CATALUNYA BANC, S.A. discrepa de la sentencia y considera que el Juzgador de instancia incurre, en primer lugar en una incorrecta apreciación por hechos que no han sido introducidos por ninguna



de las partes en el procedimiento, ya que no existió subrogación de la actora en ningún préstamo hipotecario, al contratarse el mismo *ex novo* con la actora sin asumir ningún crédito precedente. En cuanto al fondo del asunto, sostiene la validez del índice aplicado y la desestimación de la demanda.

### TERCERO.- Valoración del tribunal

10. Concreta la recurrente sus alegaciones en el carácter esencial del pacto de intereses y que en el presente caso la cláusula objeto de debate cumple con los requisitos de inclusión y transparencia así como de falta de abusividad, negando también que se trate de un índice manipulable. Empezando por esta última cuestión, y como ya ha dicho este Tribunal en anteriores ocasiones, (SAP 28.4.2016, entre otras) estamos ante un índice regulado inicialmente por la Orden Ministerial de 5 de Mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en cuyo artículo 6 (vigente en el momento en que se concertó el préstamo) se establece que " *en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia en virtud de acuerdos o de prácticas conscientemente paralelas*".

11. La Orden Ministerial de 29 de abril de 2012, que sustituyó a la anterior, exige en su artículo 26 que los índices o tipos de referencia " *se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades*", exigencia que se reitera en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que también contempla idéntica exigencia (norma 7ª, párrafo 5º).

12. El **IRPH** se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. Tampoco consta la existencia de algún tipo de práctica o actuación concertada entre entidades que puedan o hayan podido incidir en la fijación del **IRPH**, cuando además estamos ante actividades sujetas al control y supervisión del Banco de España. En virtud de la disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 se estableció que " *el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente*". En desarrollo de tal norma la Circular 5/1994, de 22 de julio, definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable contemplando seis tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario, y en concreto se refiere el " *tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro*", comúnmente conocido como el **IRPH** Cajas, que es el pactado en este caso. Es definido como " *la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda*".

13. Finalmente, debe tenerse en cuenta la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, que al contemplar la desaparición de determinados tipos de referencia establece que " *en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*".

14. En definitiva, el **IRPH** de las Cajas se determina bajo el control y la supervisión del Banco de España, con la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades, y no una sola a la que se le pueda atribuir de forma unilateral, subjetiva y discrecional, su fijación, recordando además que la entidad apelante (prestamista) en nuestro caso no goza de la consideración legal de caja de ahorros, estando excluida por tanto de la participación en el índice que se impugna en este procedimiento.

15. La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia con el siguiente argumento: " *Esta Sala no puede aceptar que la revisión del tipo de interés se efectuase unilateralmente ( art. 1256 del C. Civil ) por la prestamista, pues el tipo estaba referenciado al índice del Mercado Hipotecario publicado por la Dirección General del Tesoro, como interés*



medio de los concedidos por las entidades de la Asociación Hipotecaria Española, no constando que los tipos suministrados por LA CAIXA provocasen un alza artificial de los mismos."

#### **CUARTO. -La cláusula IRPH, condición general de la contratación.**

**16.** En cuanto a la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, que la demandante justifica de acuerdo con los criterios sentados por la *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013*, la apelante sostiene que la cláusula reguladora del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario constituye un **elemento esencial** del contrato, objeto de negociación y, en consecuencia, que no es una condición general de la contratación sujeta al control de abusividad. Por su parte el artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 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*".

**17** . De dicha sentencia se deduce que las condiciones generales de la contratación deben reunir los siguientes requisitos :

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.*

**18** . En consecuencia, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este objeto (apartado 142 de la sentencia). Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato. El apartado 165 de la referida sentencia del TS establece las siguientes consideraciones sobre la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas predispuestas:

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.*

19. En el presente caso, no consta que la cláusula fuera negociada individualmente con la actora y debe entenderse como predispuesta para su inclusión en multitud de contratos sin que los actores hayan podido influir en su contenido.

#### **QUINTO. - Alcance del control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.**

**19.** En cuanto a la posibilidad de analizar el carácter abusivo de una cláusula que define el objeto principal o un **elemento esencial** del contrato, hemos de tener presente que el art. 4.2º de la *Directiva 93/13 CEE*, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, establece 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.

**20.** Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015 delimitan el tipo de control que puede llevarse a cabo en orden al carácter abusivo de ese tipo de cláusulas. La primera de las sentencias citadas, cuya doctrina se reitera en las posteriores, dijo al respecto lo siguiente: " 2.2. *El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.*

191. *Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitiva 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 laSTJUE 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 expresadaSTJUE 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 laDirectiva 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."*

**SEXO.** - **El doble control de transparencia de las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato.**

**21.** Por tanto, que una condición general defina el objeto principal del contrato implica que no puede examinarse el carácter abusivo de su contenido y el equilibrio de las contraprestaciones, lo que no excluye que se someta a un doble control de transparencia. En términos generales, el Tribunal Supremo recuerda que el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, pueden ser objeto de control por la vía de incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 de la LCGC. Este primer control, como señala la sentencia de 23 de diciembre de 2015 , atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula.

**22.** Junto a ese primer control, el Tribunal Supremo añade un segundo control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores, que incluye el control " *de comprensibilidad real*



de su importancia en desarrollo razonable del contrato", que se deduce de lo dispuesto en el artículo 80.1 del TRLGDCU, por el que los "contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...) aquellas deberá 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".

**23.** Este control tiene por objeto facilitar al adherente de forma sencilla y comprensible tanto las consecuencias jurídicas que incorpora el contrato como las cargas económicas que deba asumir a su cargo. En consecuencia, la exigencia de transparencia, no puede reducirse a un plano formal y gramatical sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto, y en particular la información facilitada al consumidor en el momento de celebrarse el contrato, con examen de los aspectos formales y lingüísticos, la evaluación exacta de sus consecuencias económicas y en los nexos que se establezcan con otros pactos contractuales.

**24.** Afirma el voto particular que acompaña a la STS de 8 de septiembre de 2014, resumiendo con claridad la doctrina del TS sobre el particular, que el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquel le proporcionó.

#### **SÉPTIMO .-El control de transparencia en la cláusula IRPH.**

**25.** Entramos a analizar, por tanto, el doble control de transparencia en los términos señalados por el Tribunal Supremo. En cuanto al primer control de incorporación, no se discute que la cláusula es clara en su redacción y comprensible. Identifica el tipo de interés de referencia empleando los mismos términos que el anexo VIII de la circular 5/1994, del Banco de España, que lo regula. La cláusula viene precedida de la que determina el diferencial (0,1% de margen constante), y una y otra se encuentran dentro del pacto que determina el interés aplicable una vez transcurrida la primera fase de interés fijo.

**26.** La parte demandada, ahora apelante, sostiene que la cláusula es entendible y clara en su redacción. Esa pretensión la sostiene con referencias constantes a la sentencia sobre la cláusula suelo, lo que nos obliga a realizar una consideración previa que estimamos relevante y que guarda relación con la esencialidad de la cláusula **IRPH** de las Cajas.

**27.** En efecto, las denominadas "cláusulas suelo" forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato pero no determinan directamente el precio, como si ocurre en el caso del índice de referencia (en este caso el **IRPH** de las Cajas) y del diferencial (el 0,1%). La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y por ello, en caso de inclusión precisa de un plus de información que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

**28.** La distinción es relevante para realizar el control de transparencia, que será distinto según tenga por objeto una cláusula que fija el precio respecto de otros casos donde, como ocurre con los límites a la variabilidad de los tipos de interés, (cláusula suelo) pueden incidir en el precio. Ello impide una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y permite en este caso la valoración de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance.

**29.** La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del pleito, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente:

*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 del CCom-; sino a si son "descriptivas" o "definidoras" 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"*

**30.** Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula **IRPH**, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia, como tampoco se hace en otros índices de referencia utilizados en préstamos hipotecarios. En este contexto, tampoco podemos presumir que un consumidor mínimamente informado desconozca el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario a interés variable o que el



índice de referencia se haya incorporado al contrato de forma sorpresiva, como sí haríamos con otras cláusulas que no son esenciales.

**31** . Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica, no atribuyendo la citada Sentencia del Tribunal Supremo una especial relevancia a los formalismos de la O.M. de 5 de mayo de 1994 pues lo relevante es que el consumidor pueda conocer de forma real y razonable el tipo de interés que asume. La cláusula en cuestión cumple con los requisitos de incorporación del art. 5 y 7 LGCC, por ser sencilla, comprensible y no parecer oculta en el redactado del contrato sino en un epígrafe concreto de la escritura y con tipografía destacada (negrita) y se remite, con cita literal, a la Circular 5/94 del Banco de España que define el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a mas de tres años de cajas de ahorros" y además, de como puede tenerse conocimiento de las variaciones del mismo a través de las publicaciones periódicas que a tal efecto realiza el Banco de España, de forma que no existe una situación que no pueda ser reconocible por el consumidor. Lo expuesto debe llevar a la estimación del recurso de la demandada y la desestimación de la demanda.

#### **OCTAVO .- Costas.**

**32.** Pese a desestimarse la demanda no se imponen las costas de la primera instancia a la demandante, al concurrir serias dudas de derecho que justifican que no se impongan las costas. ( art. 394 LEC ).

**33** . Dada la estimación del recurso de apelación no se hace pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia por así disponerlo el art. 398 LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc, S.A. contra la sentencia de 30 de marzo de 2015 , que revocamos en el sentido de desestimar la demanda sin imposición de las costas causadas en primera instancia.

Sin imposición de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. Doy fe.