



Roj: **SAP IB 1459/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:1459**

Id Cendoj: **07040370052016100227**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **28/07/2016**

Nº de Recurso: **184/2016**

Nº de Resolución: **230/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00230/2016

N10250

PLAZA MERCAT, 12

Tfno.: 971-728892/712454 Fax: 971-227217

N.I.G. 07040 47 1 2015 0000105

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000184 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000052 /2015

Recurrente: Geronimo , María Milagros

Procurador: CARLOS GINARD NICOLAU, CARLOS GINARD NICOLAU

Abogado: LOURDES ORTEGA PEÑA, LOURDES ORTEGA PEÑA,

Recurrido: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO

Procurador: MARIA CARMEN GAYA FONT

Abogado: ELENA VALERO GALAZ

SENTENCIA Nº 230

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D. SANTIAGO OLIVER BARCELÓ

Dª MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de BALEARES, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO número 52/2015, procedentes del JUZGADO DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION número 184/2016, entre partes, de una demandante apelante, D. Geronimo y Dª María Milagros , representada por el Procurador de los



Tribunales, D. CARLOS GINARD NICOLAU y asistida por la Abogado D^a LOURDES ORTEGA PEÑA, y de otra como demandada apelada, UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CREDITO, representada por la Procuradora de los Tribunales, D^a MARIA CARMEN GAYA FONT y asistida por la Abogado D^a ELENA VALERO GALAZ.

Es PONENTE la Ilma. Magistrada Sra. D^a MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Palma, en fecha 11 de enero de 2016, se dictó Sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador D. Carlos Ginard Nicolau, en nombre y representación de D. Geronimo y D^a. María Milagros, frente a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO, con expresa imposición de costas a la parte actora ."*

SEGUNDO.- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 19 de julio del corriente año, quedando el recurso concluso para dictar la presente resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda instauradora de la presente litis trae causa del ejercicio de la acción individual de nulidad prevista en Ley general de condiciones de la contratación por infracción de normas imperativas y/o falta de transparencia y tener carácter abusivo.

A la fecha de su presentación (22 de enero 2015) era competencia de los juzgados de lo mercantil.

En ella se reclama frente a la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO que, se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la "Cláusula Tercera. Bis.2" estipulación inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas y/o por falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado.

4º.- Condenar a la demandada a devolver a los demandantes las cantidades resultantes del cobro de intereses, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de los demandantes y,

5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

Con carácter subsidiario:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la "Cláusula Tercera. Bis.2" estipulación inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas y/o por falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable.

4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del exceso de intereses cobrados a mis mandantes en virtud de la cláusula nula, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados de más en virtud de dicha cláusula al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de los demandantes y,

5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

Con carácter subsidiario:

1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la "Cláusula Tercera. Bis.2" estipulación inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas y/o por falta de transparencia y tener carácter abusivo.

2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato (abril 2008 = 0'60%), desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable.

4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del exceso de intereses cobrados a mis mandantes en virtud de la cláusula nula, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados de más en virtud de dicha cláusula al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de los demandantes y,

5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas."

Se transcribe íntegramente el suplico a fin de centrar el objeto del proceso.

La demanda reclama la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio calculada según el índice denominado **IRPH**.

Los autos se declararon vistos para sentencia desde la AUDIENCIA PREVIA.

La sentencia desestimó la petición y contra ella se alza la parte actora alegando:

1.- Incumplimiento por parte de la entidad bancaria de las exigencias de la OM de 5 de mayo de 1994, relativas a la información a los prestatarios (CONTROL DE INCORPORACION).

2.- Acción de nulidad de la Cláusula Tercera Bis relativa al Tipo de Interés Variable. Falta de transparencia. E insiste en que, en cuanto a la falta de transparencia, la misma escritura establece -sin resaltar, con un enunciado distinto o claramente reseñado que es una cláusula distinta e importante, el Tipo de Interés de Referencia "Tipo media de los préstamos hipotecarios a mas de tres años de las Cajas de Ahorro", así como los tipos de referencia sustitutivos; impuesta entre una farragosa cantidad de información, difícil de asimilar por cualquier consumidor y usuario que no ha recibido información al respecto. Con lo que, sin negociación previa, sin consentimiento real -solo meramente formal-, y sin transparencia, se le excluye a los prestatarios de la posibilidad de beneficiarse libremente de otro tipo de Interés de referencia mas bajo.

Así, consideran que la cláusula es nula por no superar el doble control que establece el Tribunal Supremo, esto es, CONTROL DE INCORPORACION y CONTROL DE TRANSPARENCIA -conforme al artículo 7 y 8 de is L.C .G.C.-.

3.- Índice de Referencia abusivo. **IRPH**.

Se trata de un Tipo de Índice de Referencia en el sentido de que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del Índice tornado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 14 de noviembre de 2014 , en la cual dice que " *No tiene por que haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen sus clientes, el **IRPH** Cajas habría subido*".

4.- Imposición de Costas.

Reclama que aun en el caso de no aceptar la tesis de la demandante recurrente, existirían serias dudas, tanto de hecho como de derecho que, conforme al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , aconsejarían la no imposición de costas en el presente caso.

La entidad apelada se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrado de este modo los términos del debate, comenzar señalando que este Tribunal, revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas (sólo la documental) comparte, por acertada, lo esencial de los razonamientos jurídicos que se contienen en la resolución recurrida y que tras un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso, le han llevado a la desestimación de la demanda, de modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000 , es compatible la fundamentación por remisión con



el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987 , 24/1996 , 115/1996 , 184/1998 , 206/1999 , 13/2001 , entre otras).

En sede de acción individual recientemente la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección quince) ha resuelto respecto a esta cláusula en un contrato celebrado también con la misma entidad bancaria apelada. En cuanto al cumplimiento de la normativa bancaria en este tipo de cláusulas razona en sentencia de 28 de abril de 2016 RQJ SAPB 3807/2016 :

"QUINTO.- *Inexistencia de infracción de normativa bancaria*

La recurrente insiste en su recurso que el IRPH de las Cajas de Ahorro, que aparece como índice de referencia principal en el préstamo hipotecario, al igual que el índice de referencia sustitutivo (el IRPH del conjunto de entidades de crédito), contraviene normativa bancaria y de otra naturaleza, pues son índices "que dependen de las decisiones

de un grupo de bancos, siendo por tanto manipulables" (fundamentos tercero del recurso y primero de la demanda). De facto, al entender de los demandantes, el IRPH de Cajas ha sido manipulado. Esa influencia de las propias entidades de crédito en la conformación del índice de referencia contraviene las siguientes disposiciones administrativas o legales, a juicio de la recurrente:

- 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".

- La Orden Ministerial de 29 de abril de 2012, que sustituyó a la anterior, cuyo artículo 26 también exige 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".

- 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).

- La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que establece como infracción muy grave en el artículo 4 "el incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los depositantes, prestamistas y al público en general..., todo ello siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes".

- La existencia de práctica paralelas de las entidades bancarias que pueden manipular el IRPH y la falta de información al prestatario sobre la forma de su determinación también infringirían los artículos 4 y 7 de la Ley de Competencia Desleal .

La parte actora también menciona la infracción de determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículos 2 , 10 y 13) y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1, 7 y 8), si bien, apartándose de la línea argumental expuesta, los cita para justificar la falta de información y de transparencia en la incorporación de la cláusula, por lo que los tendremos en consideración cuando analicemos la nulidad por esa causa.

Transcritos los preceptos que la demandante estima infringidos, no podemos compartir los argumentos de la demandante. 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. No existe, por otro lado, prueba alguna que acredite una práctica concertada entre entidades con peso específico para incidir en la fijación del IRPH y mucho menos que el índice, que está bajo el control y supervisión del Banco de España, haya sido manipulado.

La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 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 su valores regularmente". A tal efecto la Circular 5/1994, de 22 de julio, definió los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable y lo hizo, según expresa su exposición de motivos, para garantizar la objetividad de su cálculo y su difusión a los prestatarios. La Circular contempla seis tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (anexo VIII). El apartado segundo, 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."

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, dispone la desaparición, con efectos del 1 de noviembre de 2013, de los siguientes tipos de referencia:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

La desaparición del tipo de referencia pactado implica la aplicación al contrato del índice de referencia sustitutivo, si existe (y no se ve afectado también por la desaparición de referencias, como ocurre en este caso). El apartado tercero de la misma norma 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."

En definitiva, el **IRPH** de las Cajas se ha venido determinando bajo el control y la supervisión del Banco de España, a través de un proceso riguroso y objetivo. Se conformaba, hasta su desaparición, a partir de la información ponderada que suministraban al Banco de España decenas de entidades, por lo que no podemos aceptar que una sola de ellas fuera determinante en su fijación. En nuestro caso, además, la demandada no tiene la condición de Caja de Ahorro y, por tanto, no ha participado en la elaboración del índice.

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."

Tampoco nos consta, como hemos adelantado, que las Cajas de Ahorro hayan actuado de forma concertada o que el índice de referencia haya sido objeto de manipulación. No estimamos suficiente, a estos efectos, el informe acompañado como documento 3 a la demanda, de London Finance & Consulting Group, cuyo autor, Don José Luis Cantón Villegas, no lo ha ratificado y, por tanto, no se ha sometido a contradicción y a la valoración de las partes. El informe, por otro lado, se refiere en mayor medida al Euribor, del que se destacan las "sospechas" y los procesos de investigación abiertos en Europa. El informe se extiende en reproducir recortes de prensa y diarios digitales. En cuanto al **IRPH**, el autor del informe parece vincular la influencia de las Cajas en la reducción progresiva de entidades de crédito, que pasaron de 50 a 12 en junio de 2012 (folio 117). Esa circunstancia, aun siendo cierta, no prueba la supuesta actuación concertada de las Cajas de Ahorro. Y fue precisamente la desaparición de la mayor parte de Cajas de Ahorro la que ha llevado al Legislador a eliminar dicho índice.

Por lo expuesto descartamos que la cláusula infrinja las disposiciones legales enumeradas por la parte demandante"

En cuanto a la doble control de transparencia, compartimos el razonamiento expuesto en al citada sentencia (el subrayado es nuestro):

NOVENO.- El control de transparencia en la cláusula IRPH

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



(0,23% 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.

La parte actora, en definitiva, sostiene que la cláusula no supera el segundo control de transparencia, que la demanda vincula con la falta de información sobre el sistema de cálculo del índice de referencia, la forma sorpresiva en que se introdujo el día en que se firmó el contrato y con la imposibilidad real que tuvo de conocer "de manera completa las características de la condición general" y de percibir que se trataba de una cláusula que definía el objeto principal del contrato. Esa pretensión la sostiene con referencias constantes a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 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, en la medida que determina directamente el interés aplicable (el precio), nota que no concurre en las cláusulas que establecen límites a la variación de los tipos de interés. De ahí que la demandante, con su pretensión de nulidad de la cláusula, persiga convertir un préstamo remunerado en otro sin intereses, con la consiguiente restitución de todo lo abonado por tal concepto.

Es cierto que las llamadas cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato. Sin embargo no determinan directamente el precio ni tienen ese carácter nuclear que sólo cabe predicar del índice de referencia (en este caso el **IRPH** de las Cajas) y del diferencial (el 0,23%). La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y, en consecuencia, puede ser conocida o no por el consumidor en el momento de suscribir el préstamo. Si la cláusula suelo puede no figurar en el contrato, es preciso un plus de información por parte de la entidad de crédito que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

Lo que antecede es muy relevante en el control de transparencia, que presenta perfiles propios según se trate de una cláusula, como la que analizamos, que fija el precio, de otras, como las que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés, que pueden incidir en el precio, modificándolo, pero que no son indispensables. No se puede hacer 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. En concreto hemos de prescindir en nuestro análisis 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. Entre ellas podemos citar la ubicación de la cláusula en el contrato, su mayor o menor proximidad a los elementos determinantes del precio, el que se anteponga a la cláusula suelo otros pactos de menor trascendencia o que se enmascare entre multitud de datos y previsiones contractuales.

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".

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. El proceso de elaboración del **IRPH** de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.

En este contexto, tampoco podemos presumir que un consumidor mínimamente formado 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. Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica.

De hecho en el presente caso la parte actora admite, tanto en la demanda como en el recurso, que conocía el índice de referencia del préstamo hipotecario. Es cierto que la oferta vinculante, firmada por los demandantes, y la nota informativa sobre el cuadro de amortización, están fechadas el mismo día en que se firmó el contrato (documentos cuatro y siete de la contestación). Ahora bien, el préstamo, por su cuantía, no estaba sujeto a las condiciones exigidas por la orden ministerial de 5 de mayo de 1994. La parte actora afirma en la demanda que fue "convencida de las supuestas bondades del **IRPH** frente al Euribor", sugiriendo que fue engañada, lo que



implica que conoció el índice de referencia pactado y que sopesó la posibilidad de optar por otro índice distinto (el Euribor a 1 año).

Por último no podemos aceptar, como sostiene la demandante, que el control de transparencia sólo se supere si se acredita que se ofreció a los consumidores la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor, que el tiempo ha demostrado que ha tenido una evolución más favorable para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí."

Reiterando lo decidido en la sentencia y contra lo argumentado por la demandada en su oposición a este recurso, la sentencia del tribunal supremo de 9 de mayo de 2003 señala que en nuestro sistema 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 (apartado 142). Lo relevante para que una cláusula sea considerada condición general de la contratación es el proceso seguido para su inclusión en el contrato.

TERCERO.- En este sentido, cabe citar también la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza AP, Civil sección 5 del 11 de marzo de 2016 (ROJ: SAP Z 549/2016 - Sentencia: 152/2016 | Recurso: 33/2016) resolvió respecto a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS, S.A.

"2.2. Conclusiones.

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

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

...

2.3. Conclusiones.

215. Sentado lo anterior cabe concluir:

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

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

En nuestro caso, sólo consta prueba documental analizada con acierto en la sentencia (fundamento jurídico segundo) sin que la alegación de deficiencia estructural de información pueda prosperar como argumento de este recurso.

Aun tratándose de condición general de la contratación respecto a un **elemento esencial** no procede declarar que contraviene normas imperativas pues concurre lo exigido en la OM de 5 de mayo de 1994; ni hubo deficiente incorporación ni falta de transparencia pues se refiere al interés remuneratorio pactado por el préstamo obtenido. La discrepancia "frontal" respecto al euribor como índice de cálculo no justifica la declaración de nulidad.

Por todo ello, procede confirmar la sentencia salvo en el pronunciamiento de condena en costas como se razonará.

CUARTO.- Costas.

En cuanto a las costas de la instancia.

Cuestiona la recurrente que se le impongan, pese a desestimarse la demanda, las costas de la instancia, en cuanto existen dudas de derecho sobre la cuestión. Cuando se interpuso la demanda (22 de enero de 2015) no se habían publicado sentencias de las secciones de esta Audiencia Provincial que rechazaban la declaración de nulidad por abusiva del tipo de referencia en cuanto podía ser manipulado.



La cuestión planteada ciertamente origina dudas de hecho y de derecho, máxime si se atiende a su novedad en esta sede procesal, lo que permite justificar que sea exonerada la actora tanto de las costas de la instancia como, en consecuencia, las de la apelación.

Respecto a las costas de esta alzada se rigen por los arts. 398 y 394 de la LEC .

QUINTO.- Asimismo y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8 procede la devolución del depósito constituido para recurrir a la parte apelante.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. CARLOS GINARD NICOLAU en nombre y representación de D. Geronimo y D^a María Milagros , contra la Sentencia de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Sr. Juez adscrito al Juzgado de lo Mercantil nº 2 de en los autos de Juicio Ordinario nº 52/2015 de que dimana el presente Rollo de Sala, y en consecuencia debemos revocar la resolución recurrida en el único extremo de no imponer a la actora las costas de la instancia, confirmando la misma en todos sus demás extremos, sin imposición a la recurrente de las costas del recurso.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir dada la estimación parcial del mismo.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.