



Roj: **SJM B 3828/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:3828**

Id Cendoj: **08019470072015100003**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **16/03/2015**

Nº de Recurso: **551/2014**

Nº de Resolución: **66/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MANUEL RUIZ DE LARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO MERCANTIL NÚMERO 7 DE BARCELONA

Gran Vía de Les Corts Catalanes número 111, Edificio C, Planta 12.

08014-Barcelona

Procedimiento: Juicio Ordinario 551/2014

Demandante : Elena y Isidora .

Procurador : Jordi Ribó Cladellas.

Letrado : Arcadi Sala Planell Esqué.

Demandado : Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Procurador : Ignacio López Chocarro.

Letrado : Xavier Claver Espax

SENTENCIA nº 66-2015

En Barcelona a 16 de Marzo de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador de los Tribunales Don Jordi Ribó Cladellas, actuando en nombre y representación de Doña Elena y de Doña Isidora , se presentó demanda de juicio ordinario frente a la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Segundo.- Mediante Decreto de fecha 10 de Septiembre de 2014, se admitió a trámite la demanda de juicio ordinario.

Tercero.- Por el Procurador de los Tribunales Don Ignacio López Chocarro, actuando en nombre y representación de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, se presentó escrito de contestación a la demanda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 51 de la Constitución establece como uno de los principios reguladores de la política económica y social, la promoción y defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Así el referido precepto constitucional dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.



En nuestro derecho, las condiciones generales de la contratación aparecen reguladas por la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.

La Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 efectúa la distinción entre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas. Así respecto a las primeras, las define como aquellas que están predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Mientras que las cláusulas abusivas son las que en contra de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también pueden darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. Así mismo resalta la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que el ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas es el de los consumidores y usuarios, mientras que las condiciones generales de la contratación pueden darse en cualquier tipo de contratos, incluso los celebrados entre profesionales.

Tal como establecen las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 y la de 18 de Junio de 2012, los costes de los recursos que se deben invertir en el diálogo que todo proceso individualizado de negociación conlleva -con el correlativo encarecimiento del producto o servicio que al final repercute en el precio que paga el consumidor o usuario-, unido al elevado volumen de operaciones que se realizan en el desarrollo de determinadas actividades negociales, fue determinante de que en ciertos sectores de la economía se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en los que el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario, ya que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, califica como "un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico".

El insatisfactorio resultado de aplicar las reglas clásicas de contratación liberales, pensadas para supuestos en los que los contratantes se hallan en una posición idéntica o semejante, para regular los contratos celebrados de acuerdo con este modo de contratar, fue determinante de que el legislador introdujese ciertas especialidades conducentes a un tratamiento asimétrico, con la finalidad, declarada en la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de restablecer en la medida de lo posible la igualdad de posiciones.

Estas condiciones son impuestas por una de las partes a la otra en razón a su superioridad jurídica o, más corriente todavía, económica. Luego, su apariencia, extensión y cualesquiera otras circunstancias externas son irrelevantes, porque no cambian el signo del fenómeno que materializan.

Sentadas con carácter preliminar las anteriores consideraciones, debemos proceder a continuación a entrar en el análisis de la Ley 7/1998 en lo que se refiere a su ámbito de aplicación.

Las condiciones generales de los contratos son cláusulas o pactos que se incluyen en todos los contratos relativos a concretos objetos y que se imponen a todos los que quieran celebrar aquellos contratos. Se pueden reproducir una a una en cada contrato o pueden imponerse en los impresos o formularios del contrato.

El artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 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."

Así mismo en su apartado segundo dispone que "el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

El elemento definidor de los contratos de adhesión es la unilateralidad del contenido contractual y la falta de capacidad fáctica de una de las partes contratantes para influir en el contenido del convenio ya predispuesto por la otra parte.

De la mera lectura del artículo 1 de la Ley 7/1998 podemos extraer los requisitos para que una cláusula negocial pueda calificarse como condición general de la contratación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 (Ponente Rafael Gimeno Bayón) siguiendo la línea jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, sintetiza los referidos requisitos de la siguiente forma:



- 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.

De otro lado, continúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 , para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias;
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

La ley identifica a las partes del contrato como: predisponente y adherente.

El predisponente es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos . Debe tenerse en cuenta que la norma se aplica tanto a sujetos de Derecho privado como de Derecho público. Mientras que el adherente puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica. Cuando el adherente sea otro profesional, la posición de abuso o dominante podrá plantearse en el marco de las normas generales de la contratación, no en el específico cauce de las cláusulas abusivas (así lo ha declarado la SAP Madrid 29 de marzo de 2006).

La exégesis del artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos".

Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción "a los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate" -lo que fue interpretado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1996 , en el sentido de que "se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva ". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

De este modo, sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98 , pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluralidad de contratos similares.



Los contratos con condiciones generales no excluyen, pues, por completo la existencia de autonomía de la voluntad. Se trata de supuestos en los que existe consentimiento contractual, válido, en principio, si bien la autonomía de la voluntad de las partes se ve matizada o limitada, puesto que una y otra no se hallan en situación de igualdad, ya que, en el caso del adherente, se limita a aceptar, o no, las condiciones que le ofrece la contraparte.

Es cierto que, como apunta la STS 406/2012 de 18 de Junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales -sometidas a la LCGC- o particulares -no sujetas a dicha norma-, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

Ahondando en el referido requisito de imposición por el predisponente, el Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 de Noviembre de 2010 y 29 de Diciembre de 2012, ha asentado los siguientes criterios: 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; y 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.

Debe destacarse que no puede equipararse el desconocimiento de una cláusula con la imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por este que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, tanto por ser el consentimiento uno de sus elementos desde la perspectiva de la doctrina clásica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1261.1º CC -"no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes [...]"- como por exigirlo de forma expresa el artículo 5.1 LCGC según el cual "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo". El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

Sentado lo anterior, debemos referirnos a continuación al ámbito de exclusión de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación define el ámbito negativo de la ley, al disponer que la presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Debe advertirse que en la determinación de los contratos que se ven afectados por la Ley no es necesario que los mismos se documenten por escrito, pudiendo y debiendo aplicarse la norma a muchos contratos verbales y a una parte importante de la denominada contratación electrónica.

El artículo 2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación define el ámbito subjetivo. De forma que la misma será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.

Define así mismo la Ley el concepto de profesional de forma que deberá entenderse por tal a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

Segundo.- Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación. Doble control control de transparencia.



El artículo 5.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dispone que "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas."

El artículo 7 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación , establece así mismo que "no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5."

Por su parte el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación , establece que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

De la dicción del artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación pueden inferirse los siguientes requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación :

- a) Aceptación por el adherente su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes.
- b) El contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación.
- d) El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas.
- e) La redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Establece así mismo el artículo 5 en sus apartados primero, segundo y tercero determinadas concreciones en relación a la información que ha de realizar el predisponente de la condición general en función de si la contratación fuese telefónica, electrónica o el contrato no deba formalizarse por escrito.

Así mismo el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales :

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

El artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su apartado cuarto establece una disposición imperativa en cuanto a la redacción de las cláusulas. La expresión "deberá" determina que si la redacción de las cláusulas generales no se adaptase a los requisitos mencionados, la misma no sería válida y debería ser expulsada del contrato o no incorporada a la misma.

Centrándonos en los requisitos relativos a la redacción de las condiciones generales de la contratación, analizaremos en primer lugar el requisito de transparencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2013 considera que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 alude a un doble control de transparencia, de forma que :



a) 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) 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. 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. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro.

La falta de transparencia de una condición general puede dar lugar a no considerar incluida la cláusula en el contrato de adhesión (principal efecto del control de inclusión), incluso puede ser causa de nulidad de la cláusula (por abuso formal). El control de la cláusula por falta de transparencia sólo procede cuando hay casos graves de oscuridad. Cuando una cláusula es realmente incomprensible, es obvio, que la cláusula no puede formar parte del contrato, y si ha llegado a formar parte de él, entonces (en el caso de que el adherente sea un consumidor o usuario) debe considerarse abusiva. La regla "contra proferentem" rige, como ya ha tenido oportunidad de señalar la doctrina científica, para casos de transparencia menos graves, cuando la cláusula es simplemente dudosa o ambigua

El carácter dudoso de una cláusula puede derivar de su carácter indeterminado, p e., cuando el adherente no puede saber en qué casos se va a aplicar la condición general y en cuáles no, siendo suficiente que existen dudas razonables acerca del sentido o alcance de una determinada cláusula. Estos criterios de graduación deben ser tenidos en cuenta en todo contrato de adhesión. En aquellos casos en los que la cláusula sea simplemente dudosa en cuanto a la interpretación de la misma, deberemos acudir a la disposición del artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, determinando la interpretación y efectos de la misma de acuerdo con el tenor de dicho artículo.

El requisito de claridad en la redacción, aunque no lo define la Ley de Condiciones Generales de la Contratación expresamente, parece hacer referencia a la claridad visual, a que el texto deba ser legible, así como al lenguaje empleado. No se ajustará a los requisitos legales para su válida incorporación a un contrato, aquellas condiciones generales de la contratación que resulten ininteligibles, excesivamente complejas. Tampoco aquellas en las que la forma, ubicación o incluso estructura gráfica hagan imposible desde la perspectiva de un contratante diligente, conocer el contenido de la cláusula. Circunstancias que deberán valorarse en relación al caso concreto y a los términos contractuales en los que se enmarca la referida cláusula contractual.

En cuanto a la concreción, debemos interpretarlo como la necesidad de que se produzca una completa descripción de aquello a lo que se refiera la condición. La cláusula debe contener todos los elementos que la integran, describiendo de forma cierta y directa los efectos de la misma así como los términos que la componen. No se ajustará al requisito de concreción aquellas cláusulas que contienen sólo en términos parciales los efectos de las mismas, no detallan de manera específica sus características u omiten de forma total o parcial su contenido.

En cuanto al requisito de sencillez debe entenderse, reputando no incorporadas al contrato aquellas condiciones generales de la contratación que requieran para su comprensión conocimientos técnicos más allá de los propios de un adherente medio o diligente. Debiendo incluirse aquellas cuya redacción y términos potencie la oscuridad de la cláusula o hagan extraordinariamente difícil la comprensión de la misma.

Tercero.- Control de abusividad. Cláusulas abusivas y protección del consumidor en el marco de la Directiva 93/13 y del Real Decreto Legislativo 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.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sin perjuicio de aspectos puntuales en otras Leyes, se transpuso al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por la que se optó por llevar a cabo la incorporación de la citada Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modificaba el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la actualidad, estas disposiciones legales junto con otras normas de transposición de Directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios, se hayan refundidas en el Real Decreto Legislativo 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.

Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, establecer la regulación procesal. Ahora bien, la libertad de configuración de los Estados miembros está limitada por el principio de equivalencia y por el principio de efectividad. La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores.

El principio de equivalencia dice que la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno.

Con arreglo al principio de efectividad, la regulación procesal nacional no puede conducir a que se obstaculice la invocación de los derechos garantizados al consumidor por la Directiva 93/13. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales.

Tratándose de cláusulas abusivas, como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y "de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012, Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)".

En nuestro derecho nacional hay un doble control respecto a las cláusulas abusivas. El primero correspondería al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Y un segundo régimen de control a través de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación aplicable a consumidores y no consumidores. Éste segundo tipo de control no sería tanto un control de abusividad sino más bien un control de legalidad por infracción de normas de derecho imperativo o prohibitivo.

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Esta situación le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE no 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, el Real Decreto Legislativo 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 (BOE no 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

El artículo 3 de la citada Directiva dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Seguidamente el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE ahonda en el concepto de cláusula abusiva. De forma 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 hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva



a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

En clara correspondencia con la Directiva 93/13/CEE, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su artículo 82 que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas 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.

El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre en su apartado segundo y transponiendo la Directiva 93/13 en lo que se refiere al artículo 3.2, determina que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 establece en relación al control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores, las siguientes precisiones :

a) Para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas- aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación-, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato.

c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

Del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13 CEE y del artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre , podemos extraer las siguientes notas generales para caracterizar a las cláusulas abusivas :

a) Estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

b) No hayan sido consentidas expresamente por el consumidor.

c) Contravengan las exigencias de la buena fe.

d) Se estipulen en perjuicio del consumidor.

e) Causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios , se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Dicha nota es la de negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva, deben entenderse reproducidos las argumentaciones contenidas en el anterior apartado de la presente monografía, a los efectos de determinar cuando una cláusula contractual no haya sido negociada individualmente.

En tercer lugar para que una cláusula contractual pueda ser calificada como abusiva, ha de contravenir las exigencias de la buena fe. En relación con el concepto de buena fe, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 2001) que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7,1 del Código Civil , constituye un principio informador



de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo.

Igualmente, es doctrina constante y reiterada (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 y las que en ella se citan), que la buena fe es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, y leal, que supone una exigencia de actuación coherente y de protección de la confianza ajena. Como señala la STS de 25 de marzo de 2002 , es cierto que el principio de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, «y será preciso el estudio personalizado de cada caso por caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía».

Quizás más importante que la norma positiva sea la interpretación que sobre su contenido y efectos viene haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre cuyas sentencias cabe destacar por su repercusión en relación con las cláusulas abusivas y el procedimiento hipotecario las siguientes:

- Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, Ca CRec. p. I
- Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, CRec. p. I
- Sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, CRec. p. I
- Sentencia de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, CRec. p. I
- Sentencia de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, CRec. p. I-10847;
- Sentencia de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic, C
- Sentencia de 14 de junio de 2012 , Banesto, C Rec. p. I
- Sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11
- Sentencia de 3 de octubre de 2013, Duarte, C32/12 (esta última en la medida que obliga a una reinterpretación de principios básicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil);
- Sentencia de 30 de abril de 2014, Arpad Kasler/ OTP Jelzálogbank Zr, C-26/13 ;
- Sentencia de 30 de abril de 2014 , Barclays Bank, C-280-13;
- Sentencia de 17 de julio de 2014, BBVA, C-169/14 ;
- Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Monika Kuřionová/SMART Capital a.s., C-34/13 ;
- Sentencia de 23 de octubre de 2014 (EU:C:2014:2317), en los asuntos acumulados C-359/14 , Schulz/TWS y C-400/11 (sobre el control de transparencia).
- Sentencia de 21 de enero de 2015 (EU:C:2015:21), en los asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C- 487/13, Unicaja Banco y Caixabank/José Hidalgo Rueda y otros.
- Sentencia de 26 de Febrero de 2015 . Asunto C-143/13. Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA.

El análisis de las mencionadas resoluciones permite extraer los siguientes principios y conclusiones básicas:

a. La obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los justiciables frente a la aplicación de cláusulas abusivas implica una exigencia de tutela judicial, consagrada asimismo en el art. 47 de la Carta, que el juez nacional debe observar

b. El ámbito de aplicación y, por ende, de protección, de la Directiva 93/13 (y del texto refundido de la LGDCU) se circunscribe a los contratos celebrados con los consumidores.

c. Están excluidas del ámbito de protección de la Directiva 93/13 tanto las cláusulas contractuales negociadas individualmente como aquellas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias, a menos que, en este último caso, dicha cláusula u otra modifiquen el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

d. Las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato (entendiendo por tales las que describen las prestaciones esenciales del contrato y que como tales los caracterizan) o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, están comprendidas dentro del ámbito regulado por la Directiva, pero exentas del control de contenido o abusividad siempre que se redacten de manera clara y comprensible.

e. La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que la exigencia de



transparencia ha de entenderse de manera expansiva, de modo que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo, para lo cual es fundamental que pueda disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional

f. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de "objeto principal del contrato" y, por tanto, están sujetas en todo caso al control de abusividad.

g. La STJUE 26 de Febrero de 2015 Caso Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei contra SC Volksbank România SA., establece que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» no cubren, en principio, tipos de cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, tales como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por éste. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que éstas se inscriben."

h. El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

i. Como el objetivo de protección al que aspira la Directiva no se puede alcanzar si se hace recaer sobre el consumidor la carga de invocar la existencia de cláusulas abusivas, debe facultarse al juez nacional para apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

j. El papel del juez no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual, sino que incluye el deber de hacerlo de oficio; deber que incluye adoptar de oficio las diligencias de prueba precisas para discernir si la cláusula está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en su caso, apreciar su eventual carácter abusivo.

k. La consecuencia de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual es su nulidad y consiguiente inaplicación, para que no tenga efectos vinculantes para el consumidor, sin que los jueces puedan modificar el contenido de la misma o integrar el contrato, que habrá de subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato fuera jurídicamente posible.

l. El juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales.

Cuarto.- Consideración de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario como condición general de la contratación.

De la documental número 1 del escrito de demanda, se colige que los demandantes suscribieron el 29 de Diciembre de 2000, una escritura de compraventa con subrogación hipotecaria.

Dicha subrogación parte de la escritura de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000 (aportada como documento número 4 de la demanda) y en la cual se inserta la cláusula tercera bis relativa al IRPH que es objeto de litis.



Así mismo se acordó suscribir una escritura de novación de aumento de capital de préstamo, modificación de tipo de interés y plazo de amortización el 29 de Diciembre de 2000.

Ejercita la parte actora una acción de nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios, estimando que dicha cláusula es abusiva. Subsidiariamente ejercita una acción de nulidad por error en el consentimiento sufrido por los consumidores.

La referida cláusula es una condición general de la contratación en atención a las siguientes circunstancias.

a) Es una cláusula contractual, no derivando su inserción en el contrato del cumplimiento de una norma imperativa que impusiese su inclusión.

b) La cláusula ha sido prerredactada por la entidad bancaria, limitándose los consumidores a subrogarse en el préstamo hipotecario mediante escritura de 29 de Diciembre de 2000, sin que hayan participado en la negociación de la cláusula referida.

No aporta la demandada, elemento probatorio alguno que certifique que se produjo una negociación individualizada de la cláusula tercera bis relativa al índice de referencia de préstamos hipotecarios.

En la propia escritura de 29 de Diciembre de 2000 (aportada como documento número 2 del escrito de demanda), se establece una remisión a la escritura de préstamo hipotecario original en relación a los intereses pactados bajo la modalidad de interés variable. No consta ni se infiere negociación alguna en relación a dicha cláusula de interés.

Debe destacarse que la cláusula no aparece inserta en la escritura de subrogación de préstamo hipotecario de 29 de Diciembre de 2000 ni en la ampliación de capital, modificación de tipo de interés y amortización. No aporta la demandada prueba alguna que acredite siquiera que se le dio traslado a los actores de la escritura de préstamo original en la cual se incluía la cláusula relativa al IRPH. Sin dicho traslado difícilmente pudo producirse una negociación individualizada respecto a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario.

No consta intercambio de cartas, mails o correos electrónicos en los que por las partes se propusiesen otros índices alternativos al IRPH. Ninguna prueba se realiza al respecto, salvo una mera afirmación imprecisa de la demandada.

No aporta la demandada oferta vinculante ni consta testifical o documental alguna que certifique que la cláusula controvertida fuese objeto de negociación individual.

c) La cláusula objeto de litis ha sido impuesta por una de las partes, en este caso la entidad bancaria. No se aporta elemento probatorio que certifique una redacción conjunta de la misma, ni una negociación previa.

La documental obrante en autos, asevera que la entidad bancaria impuso la cláusula contractual en litis y redactó el contenido de la misma, limitándose los demandantes a subrogarse en la escritura de préstamo hipotecario concertada

Debe señalarse así mismo que el eventual conocimiento de la existencia de la cláusula por la parte actora, no impide que nos encontremos ante una cláusula impuesta por el profesional del contrato concertado, dado que como ha resultado acreditado los demandantes no tenía opción alguna de influir en el contenido de la cláusula o en la supresión de la misma. Las alegaciones de la demandada equiparando conocimiento de la existencia de la cláusula con negociación individual, resulta desde cualquier punto de vista improcedentes.

d) La cláusula cuya nulidad se reclama, es una cláusula general orientada conforme a la práctica bancaria a ser incorporada a una pluralidad de contratos concertados por la entidad financiera..

Es por ello, que no cabe sino calificar a la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario, como una condición general de la contratación, quedando enervadas las alegaciones de la demandada relativas a que la misma fue una cláusula negociada individualmente. Hecho éste respecto al cual, ninguna prueba aporta.

Quinto.- Control de abusividad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000 relativa al interés variable e IRPH.

Argumenta el actor que el índice IRPH Entidades le fueron impuestas al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias entidades financieras, que por su fórmula de cálculo se facilita su manipulación, y que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado.

Considera la demandada que el IRPH es uno de los índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente



al suscribirse el contrato con la actora. Defiende su validez porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la *DA. 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre*, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Añade que la Orden Ministerial 2899/2011 dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012, una parte de la cual acompaña como documento justificativo de su validez. De todo lo cual concluye que nada de lo pactado es contrario a derecho ni abusivo, que el citado índice no puede ser objeto de control por tratarse de parte del precio y estar excluido por lo disciplinado en el decimonoveno considerando y *art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE*

De la documental número 4 del escrito de demanda se colige que en la cláusula tercera bis se establece que "el tipo de interés variable estará constituido por la suma del tipo de interés de referencia más un diferencial constante de 0'25 puntos. "

Así mismo se establece que "el tipo de interés de referencia es el tipo de interés efectivo de publicación mensual en el Boletín Oficial del Estado, definido por la Dirección General de Política Financiera, en su Resolución de 4 de Febrero de 1991, 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 a l que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro".

Con carácter previo a entrar en el análisis de la abusividad, debemos resaltar que el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice "Considerado no obstante que, en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva".

Y el considerando decimonoveno dice: "Considerando que, a los efectos de la.. Directiva, 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; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...".

En correspondencia con tales considerandos el *art. 4.2 de la Directiva 93/13* dice "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".

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "...es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la... Directiva". Sobre este particular ha dicho la *STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid* (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó e) *art 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril*, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva", Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la *STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid*, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso Árpád Kásler, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/23, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Cuando se resuelve dicho asunto la STJUE 30 abril 2004, C-26/13, caso Arpad Kásler, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2., puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "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". En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que 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 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".

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diverso, puede recordarse lo que ha dicho la STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", o la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, citando las anteriores, que en su FJ 3º asegura: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en tos artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente Caso, de estipulaciones' no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del



contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la *Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08-* ha resuelto, en interpretación del *artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE*, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "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" .. Como se aprecia, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, ó el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidas, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art 4.2 de la Directiva había de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, que según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Entidades, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia *STS 9 mayo 2013, rec. 485/201* .2 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato "ya "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". En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

Es por ello, que no cabe sino concluir, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario resulta susceptible de análisis y control de abusividad.

Sexto.- Análisis y control de la abusividad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000 relativa al interés variable e IRPH.

Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Entidades en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las-cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Los demandantes consideran que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una dejas partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

Debe analizarse en primer lugar si el referido índice IRPH es un índice manipulable por una de las partes.

El índice IRPH se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin



embargo, para que pueda analizarse si; cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Por eso algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", en tanto que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de *constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv*, Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de Julio de 2000, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a los que se refiere la orden.

La Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente 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 por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el **IRPH** Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada admite que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el **IRPH** Entidades, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos ó créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (*STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2000, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec 1709/2003, 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011, rec. 504/2008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011*).

Además la parte demandante ostenta la condición de consumidor, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyas previsiones contiene hoy el RDL 1/2007.

El art. 2.1 de tal norma establecía que era derecho básico de los Consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 10 LGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A, su vez el art. 13.1.d LGDCU decía que debe facilitarse información sobre "las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos



los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

Acreditado que la cláusula contractual en litigio es una condición general de la contratación deberá acreditarse por la parte demandada que cumplió con su obligación de informar de manera pormenorizada a su cliente del significado jurídico y económico que para él podía derivarse de la inclusión de la cláusula en el contrato. Recuérdese el especial deber de información que debe adornar la contratación bancaria y la actuación de las entidades financieras en general, en el sentido de dotar de claridad y transparencia a las operaciones que se realizan en dicho sector de la actividad económica, por la especial complejidad del sector financiero y la contratación en masa, pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica 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 [...]", y el artículo 5 dispone que "[e]n 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".

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

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

No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

En definitiva, como afirma el IC 2000, "[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa".

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 el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, treinta y tres años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al



respecto. Aunque se alega que se ha negociado, tal alegación precisa prueba, que conforme al tercer párrafo del art. 10 bis 1 LGDCU, compete al predisponente.

No ha acreditado la parte demandada que los consumidores que se subrogaron en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000 y por ende en la cláusula tercera bis controvertida, recibiesen oferta vinculante. Tampoco se aporta documental alguna que acredite que se les facilitó a los consumidores diferentes simulaciones o escenarios respecto al tipo de interés que se insertaba en dicha cláusula ni que se realizase comparativa alguna respecto al funcionamiento o repercusión económica de otros tipos de interés alternativos.

No consta la aportación de información suficiente a los demandantes ni de prueba alguna que certifique el ofrecimiento de alternativas en cuanto al tipo de interés, comparativas o información o análisis detallado del funcionamiento de la cláusula insertada en el contrato y prerredactada por la entidad financiera.

No se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada, que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia citada de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio).

No se incorpora como anexo a la escritura de subrogación hipotecaria la escritura matriz, ni se transcribe el contenido de la misma. No consta documental alguna que acredite que se produjo información a los consumidores, de la trascendencia económica de las cláusulas del préstamo hipotecario en el cual se subrogaban.

La trascendencia de la falta de información viene acrecentada, por el hecho de que la aplicación del índice IRPH resulta más gravosa para el consumidor o cliente que la aplicación de un tipo como el Euribor. Tal como se colige a partir de la pericial practicada en la persona de Don Alejandro . No existiendo dudas sobre la verosimilitud o imparcialidad de sus manifestaciones. De la documental número 16 del escrito de demanda, se colige que el índice IRPH cajas se ha situado siempre por encima del Euribor, y ha implicado que los consumidores paguen una mayor cantidad de intereses que en el caso de que se hubiese aplicado el índice Euribor.

Debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla, no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato.

A ello no obsta la intervención de Notario. Dice, a tal respecto, la *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Santander de 18 de octubre de 2013* que " Respecto de esa intervención del fedatario público, no considero que acredite suficientemente y en sí misma una información adecuada y relevante en los términos que más adelante se desarrollarán, respecto de la carga jurídica y económica del contrato, el reparto de riesgos y la verdadera naturaleza como préstamo a interés no variable (que el TS concreta en un elenco de circunstancias de cierta amplitud), además de que no resulta del contenido de la propia escritura pública la información que respecto de los mínimos de la cuota y tipo se manifiestan. Difícilmente cabría otorgar a esta intervención virtualidad per se (son múltiples los factores a tener en cuenta como se verá) para superar el control de transparencia al que más adelante aludiremos considerando que hubiera servido para informar adecuadamente del reparto de riesgos, la carga jurídica y la verdadera naturaleza del préstamo (a interés mínimo fijo y no variable), teniendo en cuenta por un lado que esta información se habría dado de palabra, en el mismo momento de la firma de la escritura (acto prácticamente formal en un momento en que la voluntad de contratar ya se ha conformado) y que el hecho de que durante el primer año se establezca un tipo fijo, no variable por referencia al diferencial, que pasara a "añadirse" a partir del segundo ciclo anual contribuye a una confusión y oscuridad que como mínimo limita o dificulta para un "consumidor medio" la eficacia de esa información que se afirma haber transmitido verbalmente.

En cualquier caso, la intervención notarial, en la STS (RJ 2013, 3088) (FJ XI) y en la doctrina, se ubican dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, que como señaló el § 142 de la *STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012* y reitera la *STS 16 julio 2014, rec. 1257/2013* , aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LCGC "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv, el art. 60.1 TRLGDCU, y la

disciplina bancaria antes mencionada que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH ENTIDADES.

Séptimo.- Consecuencias de la nulidad del índice IRPH en relación al interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 13 de Julio de 2000.

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice **IRPH** Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC .

El artículo 6.1 impone a los estados miembros la obligación consistente en establecer que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prescribe que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.

En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 37; Pannon GSM, apartado 26, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 51).

Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 , en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

Si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto Pohotovost', antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13 , que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva,



disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08 , Rec. p. I 4785, apartados 28 y 29, y Perenicová et Perenic, antes citada, apartado 34).

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 2013 reconoce expresamente que las reglas del mercado se han revelado incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. Por esta razón es preciso articular mecanismos para que las empresas desistan del uso de cláusulas abusivas , lo que nada más puede conseguirse si, como sostiene la Abogado General, en sus conclusiones de 28 de febrero 2013, Duarte Hueros, C-32/12, punto 46, a las empresas no les "trae cuenta" intentar utilizarlas, ya que *"de lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas , con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"*.

Igualmente reconoce la referida Sentencia que Tratándose de cláusulas abusivas , como apuntan las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 37, el principio de eficacia exige que el tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables y *"de no ser ello posible, dicho tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, a saber, en el caso de autos, las normas procesales nacionales cuestionadas en el procedimiento principal, que recogen la vinculación estricta a la pretensión deducida"*, ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, como indica la STJUE ya citada de 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 46, esta autonomía tiene como límite que tales normas *"no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Mostaza Claro, apartado 24, y Asturcom Telecomunicaciones, apartado 38)"*.

Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

La posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE ya citada de 14 de junio de 2012 , Banco Español de Crédito, apartado 73, a cuyo tenor *"[...] el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva"*.

Así se reconoce expresamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 30 de Mayo de 2013 ((Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV), El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello. El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. El Tribunal de Justicia ha señalado además que esta interpretación se ve confirmada por la finalidad y la sistemática de la Directiva. Ha recordado al respecto que, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores, la Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 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 contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida



cláusula. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional, cuando haya determinado el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor".

Es por ello, que en lo que respecta al presente litigio, no cabe sino concluir que procedería dejar inaplicada la cláusula declarada como abusiva, sin que sea posible sustituir la misma por otro tipo de interés menor. No obstante y dado que los demandantes, se oponen a ésta exclusión y solicitan expresamente en su demanda que se sustituya por un tipo menor y se le devuelvan "los intereses cobrados de más" en lugar de solicitar la devolución íntegra de los intereses cobrados a razón de una cláusula abusiva, a fin de garantizar el principio de congruencia en las resoluciones y de conformidad con la STJUE de fecha 30 de Mayo de 2013 ((Caso Dirk Frederik Asbeek Bruse/Jahani BV),(El Tribunal de Justicia ha precisado acerca de ello que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone a ello), procede condenar a la demandada a devolver los intereses cobrados de más.

En atención al informe pericial aportado junto al escrito de demanda, debe condenarse a la entidad demandada a devolver a los actores la cantidad de 6.659 euros correspondientes a las cantidades liquidadas de más en concepto de interés. Cantidad a la que habrá de adicionarse los intereses legales desde la fecha de cada uno de los cobros de intereses derivados de la escritura de préstamo hipotecario.

Así mismo procede sustituir el IRPH, declarado nulo, por el tipo Euribor más un punto de diferencial comprendido en la escritura matriz respecto a la cual se produjo la subrogación hipotecaria.

Octavo.- Costas.

De conformidad con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

PARTE DISPOSITIVA

Estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Jordi Ribó Cladellas, actuando en nombre y representación de Doña Elena y de Doña Isidora :

_ Declaro nula por abusiva la condición general de la contratación contenida en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo de fecha 13 de Julio de 2000, a la que se subrogaron los actores, que establece como índice de referencia el IRPH cajas de ahorro.

_ Se acuerda que se proceda a la nueva liquidación del préstamo de acuerdo con el anexo V del informe pericial aportado con la demanda como documento número 17, con inaplicación de la cláusula IRPH y calculando el c'redito hipotecario al Euribor más un punto.

_ Condeno a la entidad demandada a la devolución a los actores de la cantidad de 6.659 euros, cantidad liquidada de más en concepto de intereses y no amortización hasta la fecha de 29 de Junio de 2014, 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 éste procedimiento a la parte demandada.

Notifíquese a las partes la presente resolución.

Contra ésta Sentencia cabe recurso de apelación que será resuelto por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona.

Así lo acuerda, manda y firma Don Manuel Ruiz de Lara, Magistrado Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona. Doy fe.