



Roj: **SJM S 4/2016 - ECLI:ES:JMS:2016:4**

Id Cendoj: **39075470012016100002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **17/02/2016**

Nº de Recurso: **15/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **CARLOS MARTINEZ DE MARIGORTA MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado Mercantil de Cantabria.

JUICIO ORDINARIO 15/2015.

SENTENCIA N.º

Magistrado Juez: Ilmo. Sr. D. Carlos Martínez de Marigorta Menéndez.

Demandante: PEPA.

Procurador: Felicidad Mier Lisaso.

Letrado: Aitor Martínez Santos.

Demandado: Banco Santander S.A.

Procurador: Belén Bajo Fuentes.

Letrado: Luis Sánchez Aramburu.

Objeto del Juicio: Declarativa de nulidad de condición general de la contratación IRPH.

En Santander a 17 de febrero de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30-12-2014 la indicada representación de la parte actora, presentó demanda ante este Juzgado en la que con fundamento en los hechos y fundamentos legales que cita se concluía solicitando sentencia por la que se declarase la nulidad de la cláusula financiera 3ª (INTERESES ORDINARIOS) bis.3 "tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo" del préstamo hipotecario de 29 de septiembre de 2005 celebrado con Banco Español de Crédito (hoy Banco Santander), en su primer párrafo que define el tipo de referencia: " *El tipo de referencia será el "TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, A MÁS DE TRES AÑOS, DEL CONJUNTO DE ENTIDADES", definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipoteca de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el B.O.E. antes de inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.*

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que se personara en autos y la contestara, lo que hizo en tiempo y forma en el sentido de interesar la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Celebrado el acto de audiencia previa el día 7-10-2015 quedaron los autos pendientes de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Posiciones de las partes.

1. Sostiene la parte actora que el contrato de préstamo de 29-9-2005 no tuvo fase previa de negociación, limitándose ésta al establecimiento por el prestamista del importe de financiación concedida y al plazo de devolución. El resto de extremos solo habrían sido conocidos al momento de la firma.

2. No hubo previa puesta a disposición del proyecto de escritura, ni de folleto informativo pero sí de oferta vinculante el día antes del otorgamiento de la escritura (28-9-05) "con el pretexto de constituir documentación interna de la propia entidad de crédito para la tramitación de la hipoteca".

3. Se indica que la referida oferta no es clara ni comprensible, careciendo de simulaciones o escenarios de la evolución del interés de referencia durante la vida del préstamo indicando únicamente respecto del precio que se determinará por adición de 0 puntos al índice de referencia, que sería el IRPH conjunto de entidades, sin explicar en qué consiste este índice ni indicar el valor de cotización que tenía en el momento de la contratación del préstamo.

4. A continuación transcribe la descripción del tipo de referencia (IRPH conjunto entidades) y del sustitutivo (IRPH Bancos) que la escritura recoge en la cláusula "Tercera Bis-Tipo de Interés Variable), manifestando que este índice carece de transparencia y es influenciado por las entidades de crédito, añadiendo que los actores no fueron informados en el momento de la contratación de la existencia de tipos de referencia más ventajosos y alternativos (como el Euribor), impidiéndoles "conocer con sencillez la carga económica que realmente supone la celebración de la Hipoteca, que implica abonar a la demandada, en concepto de cuota hipotecaria y con periodicidad mensual, una cantidad en exceso a la que deberían".

5. La fundamentación jurídica de la demanda se limita al artículo 1 de la ley 7/98, cita de la STS de 9-5-2013 y sección 28ª de la AP de Madrid de 26-7-2103 y varias sentencias de juzgados, añadiendo que los tipos de IRPH publicados por el Banco de España son opacos en la medida en que no se puede controlar sino únicamente aceptar el resultado del cálculo previo que conduce a su publicación, *influenciable* en cuanto parte de los tipos de interés aplicados por las propias entidades, *incluye las comisiones* al partir del TAE, y *supera a cualquier otro índice de referencia*. Concluye transcribiendo literalmente extractos de dos sentencias de los juzgados mercantiles de Bilbao y San Sebastián, para afirmar que en definitiva la cláusula carece de transparencia y explicación en cuanto a sus consecuencias económicas, sin negociación previa ni ofrecimiento de información, por lo que se considera abusiva y por ello nula de pleno derecho.

6. La acción es puramente declarativa de la nulidad, sin interesar condena, lo que no podría evitar el pronunciamiento judicial, caso de estimarse, sobre la pervivencia del contrato conforme al art 10 ley 7/98, teniendo presente que el precio pactado es de IRPH + 0 puntos, por lo que el prestamista quedaría privado del precio, salvo que se aplicara el índice sustitutivo IRPH entidades al que si se le añade un diferencial de 0,50. Pese a suplicar únicamente la declaración de la nulidad, fundamenta en derecho la condena al pago de interés por la diferencia entre las cuotas cobradas y las que hubieran debido cobrarse sin el índice IRPH.

7. La contestación a la demanda parte de que el IRPH es un índice de referencia, válido, oficial, aceptado y regulado. Niega la naturaleza de condición general (la considera no predispuesta, no impuesta y no destinada a una pluralidad de contratos), además de apelar en todo caso al otorgamiento ante notario, a que no cabe el control del precio, a la redacción transparente y clara y a la ausencia de desequilibrio contrario a la buena fe.

SEGUNDO.- Objeto de enjuiciamiento.

1. Pese al no muy claro planteamiento de la demanda, cabe concluir que se interesa la nulidad por abusiva de una condición general. En absoluto se solicita ni se argumenta un defecto en la incorporación conforme a los artículos 5 y 7 de la ley 7/98 que no obstante, tratándose de un **consumidor**, podrá abordarse de oficio por el Juzgado siempre que se introduzcan los elementos fácticos necesarios en el debate desde una perspectiva jurídica que no se altere por la sentencia.

2. Ahora bien, la competencia objetiva del Juzgado Mercantil en el momento de interposición de la demanda, se extendía a las acciones individuales de condiciones generales de la contratación, de modo que quedan fuera del enjuiciamiento, declarando expresamente la falta de competencia, las cuestiones relativas a vicio de error o defecto en el consentimiento, que además son extrañas al control de las condiciones generales de la contratación, que es la acción ejercitada.

3. No se trata de enjuiciar si el prestatario "entiende" o "consintió" el concepto de IRPH, el de Euribor, Mibor, Libor, TAE, TIN, o cualquiera otro de los manejados en contratación bancaria, (incluso el del "interés legal del dinero") o si puede realizar por sí misma el cálculo que lo genera, ni siquiera si aquéllos son manipulables por la prestamista, tratándose de índices oficiales, conformes con el art 6 de la OM de 5-5-94 (no se demuestra lo contrario) dotados de publicidad oficial de modo que pueden ser consultados. La cuestión sobre la que este



Juzgado tiene competencia y se le ha sometido es si una determinada condición general se ha incorporado o no adecuadamente (conforme a los artículos 5 y 7 de la ley 7/98) en un contrato de adhesión y, caso de ser así, afectando a uno de los elementos principales del contrato (relación entre precio y prestación, según el art 4.2 de la directiva 93/13 y su considerando 19º según interpretación consolidada ya en la jurisprudencia del TS -STS 9-5-201 y 23-12- 2015-), comprobar si, no superando el control reforzado de transparencia ha de considerarse abusiva por causar en contra de las exigencias de la buena fe, desequilibrio entre los derechos de las partes.

4. Esta abusividad, como veremos, no puede derivarse del hecho de que el precio de una prestación determinada (el interés de un préstamo en el supuesto) sea más o menos caro (argumento que sería más propio -SJM 9 Barcelona de 9-12-2015- del error vicio), ya que el desequilibrio no se valora en términos económicos, además de que tampoco se acredita que a todo evento el IRPH necesariamente fuera a ser más alto que el Euribor, y teniendo presente que no existe obligación de la entidad prestataria de realizar una comparación entre los diferentes tipos de referencia existentes (SSAAPP Castellón 3ª de 4-9-2015 y Valladolid 1ª de 24-11-2015).

5. Esta diferencia en cuanto a las ópticas y objeto de enjuiciamiento se puede advertir en la STS de 15 de diciembre de 2015 (referida a la cláusula de vencimiento anticipado en un swap), cuando al abordar la denunciada infracción de la normativa de la ley 7/98, diferencia el control de incorporación del error vicio derivado de una insuficiencia de información para conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, rechazando, desde la perspectiva del art 7 de ley 7/98 , los argumentos sobre una falta de claridad del método a utilizar para determinar el coste y sobre la ausencia de ofrecimiento de una estimación aproximada del mismo: " *Una cosa es que la información no sea clara y comprensible, y otra distinta es que sea insuficiente para comprender el riesgo que encierra la cancelación anticipada* " (...) " *Es clara a la hora de informar que el coste de cancelación dependerá del saldo neto que resulte en aquel momento, que por depender de hechos aleatorios se desconocen en ese momento. Y explica quién realizará el cálculo y cómo, así como la posibilidad de mostrar la disconformidad al mismo, y los parámetros de referencia para verificar la procedencia del cálculo realizado. Cuestión distinta es si la información es insuficiente para que el cliente pueda conocer el riesgo que encierra el posible coste de cancelación, lo que opera en otro plano, el de la suficiencia de la información para que el consentimiento prestado no se pueda entender viciado de error* ".

6. No se ejercita tampoco ninguna acción derivada de pacto colusorio o por infracción de normativa antitrust. En cuanto a la posibilidad de manipulación de los datos sobre los cuales se calcula el IRPH en relación con el art 1256 CC , además de ser una cuestión a la que no se dedica ningún esfuerzo argumental en la demanda, tampoco se aporta indicio probatorio que lo sustente (únicamente se menciona en una de las sentencias de instancia que se transcriben, y la demanda solo acompaña el préstamo y la oferta vinculante), por lo que no se puede tener por probado (en el mismo sentido SAP Valladolid citada), más allá de no tener encaje en las acciones derivadas de la normativa sobre condiciones generales de la contratación.

7. Lo que en esencia está interesando la demanda, como desarrollaremos en la presente resolución, no es la nulidad de una cláusula que de forma sorprendente altera la perspectiva jurídica que el **consumidor** se había formado subjetivamente sobre el funcionamiento y posición jurídico-económico del contrato de manera contraria a la buena fe, que no sería en la práctica un préstamo a interés variable por el suelo y el techo, sino a tipo fijo por el suelo. Se pretende directamente la nulidad de la cláusula que fija el precio, sin que exista otra que impacte en ésta de forma sorprendente, introducida de forma inapropiadamente secundaria entre una abrumadora cantidad de datos y huérfana de una clara explicación de la incidencia que tendría en aquélla que aparentemente era la que fijaba el precio y la posición jurídica del prestatario en la relación contractual y sobre la que el **consumidor** había generado su expectativa de funcionamiento económico y posición jurídica. Es decir, se ataca el tipo de referencia, el precio del contrato (en el que no hay diferencial, ya que el precio es el de IRPH cajas + 0 puntos), pero se le ataca en sí mismo, no porque su funcionamiento se vea alterado por un ulterior y diferente cláusula que haga que ese precio, que es por esencia variable, deje de serlo, de forma inexplicada, sorprendente y perjudicial a través de una previsión de secundaria sin que aparezca de forma patente su real incidencia en la fijación del precio. Se le ataca por un supuesto deber de la entidad prestataria de informar de la existencia de otros tipos de referencia distintos según la demanda siempre inferiores al IRPH. Se le ataca, en fin, por ser incomprensible ("opaco") el modo en que se calcula el guarismo que finalmente resulta publicado en el BOE, que resulta además manipulable por las entidades bancarias. En una comparación con los generalizados asuntos de nulidad de cláusula suelo, no se está interesando la nulidad de la "cláusula suelo", sino la del propio tipo de referencia -el Euribor-.

8. En el sentido expuesto en lo relativo a la imposibilidad de control de la abusividad del precio como elemento esencial en el contrato, la SJM 9 Barcelona de 9-12-2015 es contundente: " *En la medida en que el IRPH CAJAS (índice de referencia principal) y el IRPH CECA (índice de referencia sustitutivo), forman parte del precio y por*

tanto, del elemento esencial del contrato, no es posible someterlos al control judicial de abusividad en cuanto a su contenido (desequilibrio de prestaciones), debiendo prevalecer el principio de libertad de precios que rige en toda economía de mercado y de liberalización de intereses, al estar ante un contrato bilateral, con causa onerosa y que genera obligaciones recíprocas para ambas partes. Por este motivo, procede rechazar sin más trámites el argumento de la actora relativo al posible desequilibrio de prestaciones que genera el IRPH por la capacidad de influencia en su resultado que tiene una de las partes y no la otra, sin qué decir tiene que se trata de un índice oficial, fijado por el Banco de España y que se publica en el BOE .".

TERCERO.- Naturaleza de condición general de la contratación.

1. La demandada niega este carácter manifestando que se trata de un índice oficial, regulado, además de que fue objeto de negociación y no impuesto, y de que no se acredita que esté destinado a su inclusión en una pluralidad de contratos.

2. No puede prosperar esta postura. La condición cumple las exigencias del art 1 LCGC para ser considerada condición general de la contratación. Es contractual en la medida en que se incluye en el contrato por más sea objeto de una regulación o autorización pública, ya que esta no imponen su inclusión en el contrato. Esta inclusión es impuesta por la entidad demandada, en la medida en que al **consumidor** no le cabe más negociación que tomar o dejar ese u otro producto estandarizado, sin que se haya acreditado que se le conceda un poder de negociación en el caso concreto. Este prerredactada por el oferente, como corresponde al modelo de contratación masa propio de la práctica comercial bancaria con **consumidores** en préstamos hipotecarios, y destinada a una pluralidad de potenciales contratos por esencia. Estamos ante un hecho notorio, sin que la entidad haya destruido esta presunción.

3. Reiteradamente ha manifestado el TS (9-5-2013 , 25-3-2015 , 29-4-2015 , 23-12-2015) que " Es un hecho notorio que en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet, primera venta de vivienda, etc.) la contratación de las empresas y profesionales con los **consumidores** y usuarios se realiza mediante el uso de condiciones generales de la contratación predeterminadas e impuestas por la empresa o el profesional. Quien pretende obtener los productos o servicios en estos sectores deberá aceptar las condiciones generales impuestas por el oferente o renunciar a contratar con él. Tal circunstancia no solo resulta corroborada por la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera de ser negociado individualmente ".

4. La sentencia de 29-4-2015 dice así que " no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (...) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada individualmente con ese concreto **consumidor**, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto **consumidor** obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario ".

5. Que exista libertad de contratar no implica la posibilidad de negociar, individualizar y singularizar la regulación del contrato, manteniéndose dentro de un abanico de ofertas estandarizadas y por lo tanto de la contratación en masa y condiciones generales, sin que el cumplimiento de la normativa sectorial, ni la intervención del notario o la entrega de folleto informativo y oferta vinculante, de concurrir, alteren esta naturaleza, ni tampoco la posibilidad de contratar con otras entidades, no siendo exigible una actitud activa del **consumidor** que vea rechazado su intento de negociar. La "imposición de contenido" debe diferenciarse de la "imposición del contrato".

CUARTO.- Control de inclusión.

1. La demanda no discute expresamente la adecuada incorporación de la condición general (se limita a invocar el artículo 1 LCGC, citando una serie de resoluciones judiciales y suplicando la nulidad por abusiva). En cualquier caso, sí se resalta la ausencia de entrega de oferta vinculante cuestión a la que se contesta de adverso y que por lo tanto cabe examinar sin incongruencia ni vulneración del principio rogatorio y dispositivo, además de que siempre cabe su examen de oficio ya que "el presupuesto para extender más allá de lo solicitado en la demanda el referido control de oficio es que el contrato se haya celebrado con **consumidores**" (SAP Alicante, secc 8ª de 19-6-2014). En el mismo sentido expuesto, la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Sevilla de fecha 21-9-2015 (JO 523/2014, sentencia nº 266/2015, ponente Pedro Márquez Rubio.

2. Las condiciones generales pueden ser objeto de control (tanto en contratos con **consumidores** como con profesionales) por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-,



7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales : a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, 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".

3. La STS de 9-5-2013 (en el mismo sentido la de 24-3-2015) indicó que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 [modificada por las Órdenes Ministeriales de 27 de octubre de 1995 y de 1 de diciembre de 1999], garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Esta regulación sectorial del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los **consumidores** garantiza la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y su oscilación en función de las variaciones del Euribor.

4. El artículo 5 LCGC establece unos requisitos formales para que las CG queden válidamente incorporadas al contrato. Suponen un primer filtro, pero los deberes de entrega del formulario, firma, constancia expresa y redacción concreta, sencilla y clara no garantizan un conocimiento efectivo del contenido de las CG a fin de considerarlas plenamente consentidas sino una *mera cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento de su contenido* previamente a la celebración del contrato (arts 5.3 y 7.a hablan así de "posibilidad" y "oportunidad").

5. De modo que los requisitos de incorporación no suponen un control de consentimiento, solo fijan las condiciones para estimar que la CG pasa a formar parte de un contrato que ha sido válidamente celebrado. Cumplen un función de integración del acto negocial o legitimadora de la contractualidad de las CG, distinta del consentimiento y basada en unas formalidades rituales de carácter objetivo que solo permiten que el adherente conozca que el contrato se disciplina mediante CG y le posibilitan que conozca el contenido de las mismas, pero no garantizan una correcta formación de la voluntad.

6. En el caso enjuiciado se afirma por un lado la entrega de la oferta vinculante el día anterior a la firma de la escritura, y la falta de claridad de la condición. Este último argumento parece vincularse más bien con el control reforzado de transparencia que con el incumplimiento de los requisitos de claridad gramatical propios del art 5 de la ley 7/98, que en todo caso se cumplen, del mismo modo que el TS en su sentencia de 15-12-2015 manifestó respecto de la cláusula de vencimiento de un swap, distinguiendo esa claridad gramatical de la falta de comprensión plena del modo de cálculo, como hemos visto tu supra (" *[u]na cosa es que la información no sea clara y comprensible, y otra distinta es que sea insuficiente para comprender el riesgo que encierra la cancelación anticipada* "). Aisladamente considerada la cláusula es clara y expone adecuadamente la forma en que calcula el IRPH, siendo cosa diversa que la parte tenga dudas sobre la manipulación que las entidades puedan hacer sobre los propios préstamos para así afectar a la media a calcular, o que sea "opaco" el modo en que las entidades transmiten esos datos para la determinación final de IRPH que resulta publicado, del mismo modo que se publican otros índices como Euribor, Libor o Mibor, o incluso el propio interés legal del dinero.

7. En lo que hace a la oferta vinculante, por un lado, vista la fecha y cuantía del préstamo, no le resultaban aplicables las exigencias de los artículos 3 y 5 de la OM de 5-5-94 ya que el límite cuantitativo, desaparecido en la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, quedó superado con la previsión de la Ley 26/1988 de 29 de julio de Disciplina e intervención de las entidades de crédito en su art 48.2 según redacción dada por Ley 41/2007 de 7 de diciembre, y por lo tanto regía en el momento de la contratación. A mayor abundamiento, incluso de haber sido aplicable, sí se cuenta con la oferta vinculante, de modo que el prestatario tuvo la posibilidad de comparecer en la notaria para el examen previo de la escritura, si bien no tuvo los 3 días que indica la referida OM, sino uno solo uno que conste objeción alguna habiendo comparecido en la notaria al otorgamiento, lo que puede entenderse como una renuncia (aunque no sea "expresa"), en los términos del art 7.2 OM, como concluye la SAP secc. 3ª de Castellón de 4-9-2015.

QUINTO.-Control reforzado de transparencia y abusividad.

1. En este escenario, y afectando la condición a **consumidores** y referida al "objeto principal" del contrato en los términos del art 4.2 de la directiva 93/13, se ha de verificar una "segunda transparencia" afectante a la comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato, que de no superarse, permitirá el control de abusividad.

2. Se trata de evaluar que la cláusula sea clara y comprensible no solo formal y gramaticalmente, sino que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de la operación afectada y su relación con el prescrito en otras cláusulas del contrato, de forma que el **consumidor** pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles la consecuencias económicas derivadas a su cargo (así SSTJUE 30-4-2014, asunto Kaser, o 23-4-2015, asunto Van Hove), cuestión que como indica la STJUE 26-2-2015 (asunto Bogdan Matei-SC Volksbank Rom ânia SA) debe ser examinada por el tribunal remitente a la



vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un **consumidor** medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

3. De no superarse este segundo control de transparencia, cabrá (art 8.2 LCGC) examinar la abusividad (no toda cláusula intransparente sería abusiva), que se concreta en que (art 3.1 Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU) contradiciendo las exigencias de la buena fe (asunto Aziz, 14-3-2013), causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato en perjuicio del **consumidor**, en un control abstracto que atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha de suscripción del contrato y las previsibles por un empresario diligente a corto/medio plazo. Este desequilibrio no se entiende en términos objetivos o económicos (v.gr. equidistancia entre el suelo y el techo, de existir éste) sino -en el caso de la limitación a la variabilidad del tipo de interés- de real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, defraudando la carga económica del contrato tal y como la había percibido el **consumidor**, mediante la inclusión de esa condición que aún superando los requisitos de incorporación, frustra las expectativas de abaratamiento del crédito y, en suma, desde un punto de vista subjetivo, altera subrepticamente el equilibrio sobre el precio y el objeto del contrato (siendo estos dos los elementos esenciales o económicos sobre los que basa el **consumidor** su decisión de contratar con un determinado predisponente, y no sobre la reglamentación del contrato o condiciones generales de los distintos empresarios que ofrecen el mismo bien o servicio, dados los elevados costes de información asociados a su lectura, comprensión y comparación).

4. Aunque quepa pensar en condiciones intransparentes que resulten inocuas para el adherente pese a no poder hacerse una idea cabal de su trascendencia en su posición económica y jurídica en el contrato, no es el caso de la "cláusula suelo", que sí provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del **consumidor** objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de representarse fielmente el impacto económico que le supondrá la obtención del préstamo con dicha cláusula en caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas en el mercado

5. Para llegar a la conclusión de que las "cláusulas suelo" no son cláusulas transparentes (apartado 225 del FJ XIII y séptimo del fallo de la STS 9-5-2103, reiterados en la reciente STS de 29-4-2015) atiende a diversas circunstancias sobradamente conocidas.

6. Pues bien, como ya se ha indicado, en el supuesto examinado no cabe sin más pretender aplicar la doctrina y parámetros de intransparencia reforzada o material de la cláusula suelo, ya que no nos encontramos ante una previsión contractual de apariencia secundaria que incida subrepticamente en el precio tal y como fue pactado y sobre el que el **consumidor** se representó el contrato desde el punto de vista económico y jurídico, sino que se pretende la nulidad del precio en sí mismo sobre la base de argumentos ya rechazados ut supra. En lo que hace al control reforzado de transparencia, éste resulta superado, ya que queda perfectamente claro que el precio será el índice oficial publicado en el BOE por el Banco de España, en nuestro caso el IRPH, como hubiera podido serlo, el Euribor, Libor, o el interés legal del dinero sin que quepa predicar oscuridad ni opacidad del mismo por desconocer el modo en el que el Banco de España, el Banco Central Europeo, o la autoridad que resultase competente llega finalmente a la cifra publicada conforme al art 6.2 de la OM de 5-5-1994.

7. Para concluir, entiendo oportuno destacar que que la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la legislación hipotecaria y los instrumentos financieros de riesgo en España a la luz de las peticiones recibidas, haya excluido en el texto aprobado el punto 9 de la propuesta de resolución que decía "Advierte, como pone de relieve la petición 1249/2013, que el uso del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios es contrario a la Directiva 93/13/CEE", no incluido en el texto de la resolución aprobada.

SEXO.- Costas.

Siendo íntegra la desestimación de la demanda, se imponen las costas a la parte actora.

FALLO

DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por PEPA contra Banco Santander S.A., con imposición de costa a la parte demandante.

La presente resolución no es firme. MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial.

El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, debiendo exponer las



alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en Banesto con el número ..., consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª LOPJ), especificando en el campo "CONCEPTO" que se trata de un recurso, seguido del CÓDIGO 02 CIVIL-APELACIÓN.

La admisión de dicho recurso precisará que se haya consignado como depósito 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en el BANESTO con indicación de "recurso de apelación", mediante imposición individualizada, y que deberá ser acreditado a la preparación del recurso, de acuerdo a la D. A. decimoquinta de la LOPJ . No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

El/La Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo./a Sr/a. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDO