

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -  
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

**Apelante/s:** *D. R Y DÑA. S*

Procurador/es: MIRNA GISEL MOSCOSO ARRUA

Letrado/s: EMILIO JOSE BERNABEU RAMON

**Apelado/s:** CAIXA BANK SA

Procurador/es : LORENZO CHRISTIAN RUIZ MARTINEZ

Letrado/s: JOSE VICENTE ESPINOSA BOLAÑOS

**ROLLO DE SALA Nº 1532 (CL-1481) 19**

**PROCEDIMIENTO Juicio Ordinario 1605/18**

**JUZGADO Primera instancia num. 5 bis Alicante**

**SENTENCIA N ÚM. 340 20**

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a treinta de abril de dos mil veinte

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de cláusula contractual condición general de la contratación y reclamación de cantidad, seguido en instancia ante el Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante con el número 1605/18, y de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte demandante integrada por *D. R Y DÑA. S*, representados en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. Mirna Gisel Moscoso Arrúa y dirigidos por el Letrado D. Emilio José Bernabeu Ramón; y como parte apelada la demandada, Caixa Bank S.A., representada en este Tribunal por el Procurador D. Lorenzo Christian Ruiz Martínez y dirigida por el Letrado D. José Vicente Espinosa Bolaños, que ha presentado escrito de oposición.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En los autos de Juicio Ordinario número 1605/2018 del Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante, se dictó Sentencia de fecha 10 de julio de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. R Y DÑA. S contra la mercantil CAIXABANK SA y en consecuencia declaro la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a gastos de la escritura de fecha 30-10-2007, sin que haya lugar a la restitución de cantidades por lo expuesto en la presente sentencia. Se desestima la nulidad de la cláusula relativa al IRPH. No se hace expresa imposición de costas. Subsistiendo la vigencia del resto del contrato en todo lo no afectado por la presente resolución*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte referenciada. Seguidamente, tras el traslado y formulación de la oposición al recurso se emplazaron a las partes y se elevaron los autos a este Tribunal en fecha 23 de octubre de 2019 donde fue formado el Rollo número 1532/CL-1481/19, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 21 de abril de 2020, en que tuvo lugar.

**TERCERO.-** En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Desestima la Sentencia de instancia la pretensión de nulidad, por abusiva, de la cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 26 de noviembre de 1998, señalada como Tercera bis, apartados b) y c) que establecen el índice de interés a abonar por

el préstamo a partir del primer periodo comprendido hasta el tercer trimestre natural siguiente, tomando como índice de referencia para fijar el tipo de interés variable el tipo medio de los créditos hipotecarios nuevos a más de tres años de la modad de Cajas de Ahorros -IRPH Cajas- y, como índice sustitutivo, el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro -, conformándose el interés nominal aplicando un diferencial sobre el índice aplicable redondeado al alza a fracciones 0,25 puntos.

Crítico con esta decisión, formula recurso de apelación la parte demandante.

Alega el apelante que la Sentencia no entra a valorar las diversas consideraciones sobre falta de transparencia que en su día fueron planteadas por el Abogado General en septiembre de 2019 con ocasión de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, limitándose a referenciar únicamente la STS 669/2017, de 14 de diciembre y a la doctrina jurisprudencial generada por ésta resolución sin valorar la prueba practicada en Autos que demostró que no se había cumplido con ninguna de las circunstancias expuestas por el Abogado General para que la cláusula IRPH fuera transparente, a saber, de una parte que fuera suficiente para que el prestatario pudiera tomar una decisión prudente y con conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando la definición y las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, en segundo lugar, que se hubiera expuesto la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

En consecuencia, dice el apelante, no habiéndose cumplido con ninguna de estas circunstancias, debe acordarse la nulidad de la cláusula IRPH y la restitución de las cantidades pagadas de más en aplicación de dicha cláusula, reprochando además al Tribunal que no se hubiera, en todo caso, suspendido el fallo a la espera de la decisión del TJUE en la cuestión prejudicial citada.

Concluye el recurso denunciando la falta de motivación de la Sentencia e

infracción del art. 218.2 LEC porque se considera válida la cláusula IRPH con base solo a la referencia de la STS 669/2017 sin valorar la prueba practicada ni sobre el cumplimiento en el caso del control de transparencia, necesario para que la cláusula sea válida, en especial cuando en el caso ha quedado demostrado que no se ha cumplido con los deberes necesarios para ello.

Solicita en consecuencia que se declare la nulidad de la cláusula IRPH contenida en la cláusula tercera bis, apartados B) -índice de referencia adoptado- y C) - índice de referencia sustitutivo-, mantendiéndose el contrato, fijándose como tipo de interés del contrato de préstamo el 0% desde la finalización de la primera fase y, caso de aplicarse un índice alternativo, que se establezca como índice de referencia el Euríbor, condenando a la entidad al reintegro de los importes indebidamente percibidos por aplicación de la cláusula IRPH.

SEGUNDO.- Sobre la falta de motivación solo conviene señalar que dado que no es argumento que se proyecte en una pretensión concreta en el suplico del recurso, cualquier pronunciamiento que hagamos carece de efecto útil pues a la postre no es sino un argumento utilizado, abundando las razones que se exponen por el apelante, para justificar la revocabilidad de la Sentencia de instancia por razones sustantivas, es decir, del error en la consideración de que la cláusula IRPH es transparente cuando, dice el apelante, no lo es por las razones que pretende que asuma el Tribunal para el éxito del recurso.

Es por ello, y sin perjuicio de considerar que en el caso la referencia a la doctrina del Tribunal Supremo al caso es suficiente a los efectos del art. 218.2 LEC dada la casi-identidad de los supuestos tratados, que examinaremos las razones sustantivas en base a las cuales se solicita la revocación de la Sentencia de instancia y la nulidad de la cláusula IRPH para lo cual hemos de partir de que la cláusula en cuestión se refiere sin duda al objeto principal del contrato no obstante lo cual puede ser objeto de examen de transparencia y, en

su caso, de abusividad tal cual autoriza el art. 4.2 Directiva 93/13 conforme al cual *"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(...)* siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" pues como resulta del precepto indicado y tal cual lo interpreta la jurisprudencia, la STS de 23 de diciembre de 2015, tomando como antecedente la de 9 de mayo de 2013, con referencia explícita al art. 4.2 Directiva 93/13, señaló que las *"condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación."*, habiéndose pronunciado exactamente en este mismo sentido la STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, Marc Gómez y Bankia cuando al resolver la cuestión prejudicial planteada en relación a una cláusula IRPH Cajas afirma que los tribunales están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del art. 4 apartado 2 de la Directiva al ordenamiento jurídico español que, por lo demás, no niega que haya sido transpuesta con la promulgación de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación tal cual entiende la jurisprudencia española.

Por otro lado es también relevante señalar que, como ha quedado explicado por la citada STJUE resolviendo otra de las cuestiones prejudiciales planteadas en relación a una cláusula IRPH Cajas contenida en un contrato que había sido firmado por las partes en julio de 2001, una cláusula sobre índice de referencia de un contrato de préstamo hipotecario sí está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 dado que conforme a la normativa nacional vigente a la fecha del contrato -Circular 8/1990 del Banco de España y OM de 5 de mayo de 1994-, la definición del tipo de interés variable aplicable al préstamo no cabe considerarla como decisión impuesta por una norma legal por lo que, aun cuando se trataba de un índice oficial, su incorporación como índice de

referencia en un contrato de préstamo el IRPH no era consecuencia imperativa de una disposición legal sino de una decisión de los contratantes.

Esta interpretación del Tribunal de Justicia es relevante porque diferencia entre regulación legal del índice y su aplicabilidad o imposición *cogens* en el contrato, contradiciendo en ello al Tribunal Supremo que había sostenido que un índice como el IRPH, que está fijado, definido y regulado conforme a disposiciones legales, reservándose incluso la Administración Pública el control de que esos índices se ajusten a la normativa, *"no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores"*, razón por la cual, concluía, *"solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente"* -STS 669/2017, de 14 de diciembre-.

El Tribunal de Justicia, al considerar que la cláusula sí está en el marco de la Directiva 93/13, concluye que una cláusula que como ésta, que se refiere al objeto principal del contrato, debe ser valorada con los parámetros de incorporación, claridad y comprensibilidad material, es decir, de transparencia con referencia tanto al control de inclusión (en su doble sentido, positivo del art. 7-a), y negativo del art. 5.5 y 7.b) LCGC) como a la transparencia material pero también, en su caso, de abusividad.

Aclarado el marco de examen precedente, examinaremos la cláusula atendidos esencialmente los criterios que resultan de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia a cuyos efectos examinaremos en primer lugar la cláusula desde la perspectiva de la inclusión como condición general de la contratación, circunstancia no debatida en el litigio.

**TERCERO.-** Como ha dicho el Tribunal Supremo -Sentencia 314/2018, de 28 de mayo-, el control de inclusión tiene por concreto objeto "*comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato*". Y en el caso que nos ocupa es fácil alcanzar la conclusión de que la cláusula supera el control en el sentido del art. 7-a) LCGC (conocimiento por el adherente de las condiciones generales al tiempo de la celebración) porque si, como señala la STS 241/2013, de 9 mayo, para acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato es suficiente con que la parte predisponente acredite la puesta a disposición, en el caso que nos ocupa no hay duda que el adherente tuvo efectivamente la posibilidad de conocer la cláusula desde el momento en que se incluye en la escritura pública formando parte de su contenido esencial.

Y supera también el control de inclusión en el sentido del art. 5.5 y 7.b) LCGC (relativo a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula) porque, primero, la cláusula es sencilla en su redacción, segundo, ese contenido está redactado bajo un título o epígrafe específico y expresivo de su contenido "TIPO DE INTERÉS VARIABLE" que está consignado en una escritura pública que documenta un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable en el que el precio lo constituye, precisamente, el pago de los intereses conforme a un determinado índice o indicador que define junto al diferencial, como todo consumidor medio de un contrato hipotecario conoce, la variabilidad en el precio del préstamo a interés variable, tercero, porque ese elemento definidor del precio se fija de modo tan sencillo como exige la propia naturaleza del contrato de que se trata, no habiendo razones para considerar que se haya incorporado a la cláusula un contenido más complejo que el necesario de lo que exige la índole del negocio jurídico de que se trata y, cuarto, porque desde un punto de vista estrictamente semántico de la redacción, la cláusula constituye un componente literario absolutamente comprensible.

Como dijo el Tribunal Supremo en relación a una cláusula IRPH análoga a la

que nos ocupa, *"gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España."*

CUARTO.- Por lo que hace al control de transparencia material, es decir, al examen de si el adherente pudo tener un conocimiento real de la cláusula en el sentido de que pudo con la información recibida prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas, lo primero que queremos resaltar es que en relación a los parámetros de transparencia a que se refiere el Tribunal de Justicia, no discrepa éste sustancialmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pues debemos recordar que nuestro Tribunal señala respecto del conocimiento del funcionamiento del índice que *"dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo"*, rechazando en cuanto a la información el validar todo conocimiento que se pueda tener de la evolución futura del índice porque *"un sesgo retrospectivo (que) no puede servir de pauta para el control de transparencia"*.

Y decimos que no hay una discrepancia sustantiva con el contenido de la STJUE *ut supra* porque, de un lado, para el Tribunal de Justicia el examen de la transparencia de la cláusula pasa por el cumplimiento de determinados los



deberes de publicidad e información, en particular, y tomando como referente en la valoración de cumplimiento de aquellos deberes al consumidor medio, *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*, que se haya comunicado al cliente los elementos definitorios de su decisión.

Desde nuestro punto de vista, señalar como referente de usuario bancario de un préstamo hipotecario al consumidor medio tiene sin duda una particular trascendencia. Y la tiene porque cuando en el contexto de un préstamo con garantía hipotecaria utiliza ese criterio, lo que se manifiesta es una determinada posición sobre la percepción del cliente bancario en relación al precio a sabiendas de que éste puede afectar de manera notoria, tanto por importe como por tiempo, a su economía, lo que a su vez justifica la información que se le debe para valorar las expectativas que influyen en la protección de sus intereses económicos.

De hecho, afirmar que el cliente bancario de este tipo de productos es el consumidor medio implica, primero, que hay un nexo medial entre la relevancia del producto que adquiere y el nivel de atención que presta, sin duda más elevado cuando más relevancia tiene el producto. En segundo lugar, que su aptitud se supone pro positiva para adquirir información porque es consciente que la asunción de un crédito a largo plazo puede producir efectos relevantes en su economía, razón por lo que se muestra más dispuesto a consultar las informaciones sobre los aspectos más relevantes que se encuentran definidos bien en los folletos informativos, bien en las normas legales. Y en tercer lugar que si es cliente es un consumidor medio y éste está "*normalmente informado*", se está asociando la normalidad con el nivel de información o, lo que es lo mismo, de conocimientos, no porque el consumidor posea un determinado nivel académico o cultural sino porque cuenta con cierta experiencia y aptitud para interpretar la información que se le facilita sobre los productos y las condiciones en las que éstos se comercializan.

QUINTO.- Partiendo de lo anterior, y en lo que hace al ámbito objetivo de la información debida para determinar si ha habido transparencia, como refiere el Tribunal dos criterios hábiles para llevar a cabo tal evaluación, uno primero relativo al funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y otro segundo, sobre las consecuencias económicas significativas de la cláusula sobre las obligaciones financieras, efectuaremos una valoración de los mismos proyectada sobre el caso desde de tales criterios.

Dice el TJUE en cuanto a lo primero:

"53 *Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.*"

Y argumenta en cuanto lo segundo:

"54 *También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de*

*cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés."*

Como se desprende de esos razonamientos, para el Tribunal de Justicia se cumple con los parámetros de transparencia cuando el consumidor medio queda informado tanto de la forma de cálculo de índice como del precio estimable, señalando respecto de lo primero que es información fácilmente *"asequible(s) a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado"*, con lo que, para el Tribunal de Justicia, el conocimiento que el consumidor debe tener sobre la definición y elementos del índice en tanto hay publicada una norma en un boletín oficial que lo define, presupone una determinada aptitud a todo consumidor medio para acceder a la información disponible sin tener que realizar una investigación exhaustiva.

Y por lo que hace a la incidencia del índice sobre precio estimable, en suma, al valor que previsiblemente puede tener el índice, considera que se satisface informando al adherente de la evolución previa del índice a la fecha del contrato lo que es suficiente, dice el Tribunal, para que el consumidor conozca objetivamente las consecuencias económicas que supone el índice, además de serle útil para que pueda comparar (el consumidor) el índice con otros distintos.

Proyectando al caso que nos ocupa estos parámetros, las conclusiones que alcanzamos son las siguientes.

El primero (*los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas*

*de ahorros*) está si duda cumplimentado. Basta la lectura de la cláusula, que refiere de forma explícita la Circular, para así afirmarlo, además de que, en todo caso, estaba publicada en el BOE de 20 de septiembre de 1990, siendo en consecuencia información complementamente accesible al consumidor.

No así el segundo de los parámetros de transparencia (*informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo*) pues no está probado que se hubiera informado a los demandantes de la evolución previa a la contratación del IRPH Cajas ni de que al menos se hubiera dado publicidad por la entidad a lo exigido tanto en la Circular 8/1990, modificada por la 5/1994, de 22 de julio, como en la Orden de 5 de mayo de 1994 (anexo I, punto 3 párrafo 3º) que imponía a las citadas entidades la publicación en el folleto informativo sobre los préstamos a la entidades financieras la evolución del índice durante, al menos, los dos últimos años naturales, incluyendo el último valor disponible.

Tal ausencia informativa, que debe ser valorada en todo el alcance que propone el Tribunal de Justicia, nos lleva a considerar que la cláusula debatida puede resultar no transparente en el sentido ahora analizado al privar al prestatario de una información que, aunque de forma limitada, le hubiera permitido tener una cierta previsión de precio, siempre incierto y volátil en tanto futuro, pero también disponer de un elemento para valorar otros índices del mercado.

Y no siendo transparente, procede examinar si la cláusula es o no abusiva, pues aunque es cierto que la Disposición Adicional 4ª y 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, modifican tanto la LCGC -art 5.5- como el TRLGUC -art 83- en el sentido de considerar que "*las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*", y al margen de la interpretación que pudiera hacerse de esta norma, de lo que no cabe duda alguna es que se trata de legislación que no resulta aplicable *ratio*

*tempore* al contrato que nos ocupa, por lo que enjuiciaremos si la cláusula no transparente es o no abusiva. Como dijo la STS 241/2013, de 9 de mayo "*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor*".

SEXTO.- En efecto, el que afirmemos que no es transparente no supone desde luego una imperiosa declaración de nulidad de la cláusula pero tampoco, su declaración de abusividad y consiguiente nulidad, sino la procedencia del juicio de abusividad.

Así lo exige el TJUE, Sentencia de 5 de junio de 2019, asunto C-38/17 "*si, a raíz de dicho examen, resulta que la cláusula(...)no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, solo procederá declarar la nulidad del contrato en cuestión en caso de que, por una parte, se demuestre el carácter abusivo de esa cláusula, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, y, por otra parte, el contrato no pueda subsistir sin esa cláusula, de conformidad con el artículo 6, apartado 1, de la mencionada Directiva.*" -apartado 37-, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo - Sentencias 538/2019, de 11 de octubre y 121/2020, de 24 de febrero-, que asume que la intransparencia sólo abre la puerta al juicio sobre la abusividad de la cláusula conforme a los parámetros de los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13.

Es necesario por tanto analizar si la cláusula que nos ocupa, cumple o no con las exigencias de buena fe y equilibrio a que hace referencia el artículo (a la fecha del contrato vigente) 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo del contrato.

Para ello tomaremos en consideración la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, citada y desglosada en la STS 334/17, de 25 de mayo, que en su apartado 59 se refiere a las circunstancias con las que se puede determinar

si una cláusula causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y si éste es contrario a las exigencias de la buena fe.

Dice la citada Sentencia que

*"deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 68)".*

Por otro lado, en el apartado 60 se especifica en qué circunstancias se causa desequilibrio contrario a las exigencias de la buena fe.

Dice la Sentencia al respecto que

*"habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69)".*

Pues bien, en el caso de las cláusulas que fijan como índice de referencia el IRPH, la conclusión que alcanzamos es que ni hay desequilibrio ni hay perjuicio para el consumidor pues este índice, como cualquiera otro de los que había en mercado y se había publicado por el Banco de España y por el BOE, no tiene, en sí mismo considerado, un efecto negativo para el prestatario, no ya porque

su oficialidad permite presuponer exactamente lo contrario sino porque, desde luego, no consta que por sus características y comercialización al tiempo de la contratación dicho índice fuera notoriamente perjudicial para los prestatarios respecto de otros índices oficiales en el sentido que expresa nuestra jurisprudencia, es decir, valorando -STS 367/2016, de 3 de junio- *"no (d)el equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación"* entre las que descata, como es notorio, el que la comercialización de los préstamos con estos índices se hacía ofertando al cliente un diferencial inferior al que se ofrecía con otros índices, y aunque es igualmente notorio que la evolución a la baja del Euríbor generó una franja relevante entre ambos índices por razón de los elementos que definían la configuración del IRPH, debemos recordar que en absoluto ese dato obtenido por la información de la evolución posterior a la firma del contrato constituye un factor valorativo del perjuicio del consumidor.

Entendemos por ello que no hay razones que justifiquen que en el año 2000 la fijación como índice de referencia el tipo IRPH Cajas provocara un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener el préstamo, tanto menos cuando no cabe considerar que pueda inducir a error a un consumidor medio como el que ya hemos descrito, que difícilmente puede atribuir al préstamo con garantía hipotecaria características que no le son propias, como sería la propia inclusión de un índice referencial que es el elemento sobre el que pivota la naturaleza variable del contrato. Pero es que incluso en el caso de que hubiera un eventual error sobre sus características, entendemos que no podría tener incidencia en su economía porque respondería en todo caso a la naturaleza del contrato celebrado, no constando desde luego la existencia al tiempo de la celebración del contrato de un riesgo real de error en los prestatarios que influyera en su comportamiento económico a salvo que se tenga en cuenta la información posterior a la fecha del contrato

que ni se tenía ni era exigible aun como hipótesis informativa a prestar por la entidad.

Además debemos de tener en cuenta otros dos factores que desde nuestro punto de vista contrarían la realidad de las razones del perjuicio que afirman haber padecido por los prestatarios, a saber, que exactamente las mismas carencias que se denuncian respecto del IRPH pueden predicarse de cualquier otro índice oficial de los existentes a la fecha del contrato y, en segundo lugar, la difícil compatibilidad del reproche que se hace al IRPH con la Ley 14/2013, de Emprendedores, de 27 de septiembre, cuya Disposición adicional decimoquinta establece que los índices que suprime (IRPH Bancos y Cajas) "*serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato*", añadiendo que "*En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»*", disposición que si bien es cierto que en el caso que nos ocupa no es especialmente relevante dado que a la fecha de esta Sentencia el préstamo estaría amortizado y por tanto sería dable declarar la nulidad del contrato sin perjuicio para la parte prestataria, lo que nos indica es que en casos en los que, por el contrario, la nulidad del contrato derivada de la nulidad de una cláusula relativa a su objeto sí pudiera perjudicar al prestatario, una pretensión de nulidad de un índice sustitutivo cuando este es el IRPH Conjunto de Entidades -como es el previsto en el contrato que nos ocupa-, resultaría imposible al carecer de todo efecto útil atendida la respuesta dada por el Tribunal de Justicia al contestar en la Sentencia IRPH a la cuestión sobre si puede sustituir el juez una cláusula nula IRPH por un índice legal, dado que afirma que "*los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo*



*sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales", añadiendo que en efecto, se "podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio", lo que entendemos queda evidenciado del propio texto de la Disposición Adicional referenciada.*

Procede por todo lo expuesto, al considerar que no hay abusividad al no haber perjuicio para el consumidor, desestimar la pretensión de nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo que nos ocupa.

**SÉPTIMO.-** En cuanto a las costas de esta alzada y habiéndose desestimado en parte el recurso de apelación, no cabe sino su imposición a la parte apelante - art 398 LEC-.

**OCTAVO.-** Habiéndose desestimado el recurso de apelación, procede acordar la pérdida del depósito efectuado para recurrir -Disposición Adicional Décimaquinta nº 9 LOPJ-, al que se le dará el destino previsto en dicha disposición.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandante integrada por *D. R Y DÑA. S*, representados en este Tribunal por el Procurador D<sup>a</sup>. Mirna Gisel Moscoso Arrúa, contra la Sentencia de fecha 10 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cinco bis de los de Alicante, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se acuerda la pérdida para el apelante de la totalidad del depósito efectuado para recurrir.

Esta Sentencia no es firme en derecho y, consecuentemente, cabe en su caso interponer contra la misma, conforme a lo dispuesto en los artículos 468 y siguientes, y 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación, recursos que deberán interponerse dentro de los veinte días siguientes a la notificación de esta resolución previa constitución de depósito para recurrir por importe de 50 euros por recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8<sup>a</sup> abierta en la entidad Banco de Santander, indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", advirtiéndose que sin la acreditación de constitución del depósito indicado no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre) el recurso.

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. *"D. Enrique García-Chamón*

*Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano Guzmán.- Firmado y Rubricado."*

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados . De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/1532/19 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/1532/19, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Conforme a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en la presente resolución son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

**LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**



## Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 08/05/2020 17:06

## Mensaje

<b>IdLexNet</b>	202010332023605	
<b>Asunto</b>	030143700020190004467	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano</b>	AUD. PROVINCIAL SECCIÓ N. 8 de Alicante/Alacant, Alicante/Alacant [0301437008]
	<b>Tipo de órgano</b>	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	<b>Oficina de registro</b>	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD. PROVINCIAL [0301400037]
<b>Destinatarios</b>	RUIZ MARTINEZ, LORENZO CHRISTIAN [30]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Elche
	MOSCOSO ARRUA, MIRNA GISEL [561]	
<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant	
<b>Fecha-hora envío</b>	08/05/2020 12:00:18	
<b>Documentos</b>	<a href="#">LEXNET030143700820200020911_030143700020190004467-2347420-CARATULA_firmado.pdf</a> (Principal)	Descripción: Notificación vía LexNET (múltiple)/FIRMADO-PIE NOTIFICACION SENTENCIA RECURRIBLE/ Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: e8ffd18148a54a35820e57aaa8dbe38fedc6e1fd
	<a href="#">LEXNET030143700820200020911_030143700020190004467-5-16090952-1.pdf</a> (Anexo)	Descripción: Notificación vía LexNET (múltiple)/FIRMADO-PIE NOTIFICACION SENTENCIA RECURRIBLE/ Catalogación: DOCUMENTACIÓN INDETERMINADA Hash del Documento: 92884f25fb9963de4317f3bed7460c34a0e8937b
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Procedimiento destino</b>	RPL N° 1532/2019
	<b>NIG</b>	0301442220170027366

## Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
08/05/2020 17:04:56	RUIZ MARTINEZ, LORENZO CHRISTIAN [30]-Ilustre Colegio de Procuradores de Elche	LO RECOGE	
08/05/2020 12:00:28	Ilustre Colegio de Procuradores de Alacant (Alicante/Alacant)	LO REPARTE A	RUIZ MARTINEZ, LORENZO CHRISTIAN [30]-Ilustre Colegio de Procuradores de Elche

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.