

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N.2
IBIZA/EIVISSA**

SENTENCIA: 00007/2018

CALLE SAN CRISTOFOL S/N EDIFICIO CETIS 2º PLANTA

Teléfono: 971.31.55.18, Fax: 971.19.02.78

Equipo/usuario: MAG

Modelo: 0030K0

N.I.G.: 07026 42 1 2016 0004796

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0001060 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre **OTRAS MATERIAS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. MARIA TUR ESCANDELL

Abogado/a Sr/a. [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. VICENTA JIMENEZ RUIZ

Abogado/a Sr/a. NEUS RIBAS MARI

NOTIFICADO
17 ENE 2018
MAGISTRADO J. ESCANDELL

SENTENCIA nº 7/18

En Ibiza, a 12 de enero de 2.018.

D. ALFONSO MANUEL FERNÁNDEZ GARCÍA, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ibiza, habiendo visto los autos seguidos en este Juzgado al Juicio Ordinario número 1060/2016, a instancia de D. [REDACTED], como parte demandante, representado por la procuradora Doña MARÍA TUR ESCANDELL y asistido por el letrado D. [REDACTED], contra la entidad CAIXABANK S.A., como parte demandada, representada por la procuradora D. VICENTA JIMÉNEZ RUIZ y asistida por la letrada DOÑA NEUS RIBAS MARÍ, procede

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

a dictar la presente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 14 de noviembre de 2.016 se presentó demanda de juicio ordinario en la que, después de exponer los hechos y los fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes, terminó suplicando que se dicte sentencia en la que con carácter principal:

a) Se declaren nulas por vicios del consentimiento las siguientes cláusulas contenidas en los contratos de préstamos hipotecarios de 28 de noviembre de 2.002 y 8 de agosto de 2.007:

1. Las cláusulas que establecen que el índice de referencia de los préstamos serán el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad de cajas, así como las cláusulas que disponen como índice de referencia sustitutivo el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro, aplicándose como tipo de interés los diferenciales establecidos por los propios contratos, del 0 % para la primera disposición y del 1,25 % para la segunda disposición del préstamo de 28 de noviembre de 2.002, y del 0 % para el préstamo de 8 de agosto de 2.007.
2. Las cláusulas que establecen intereses de demora del 20,50 %.
3. Las cláusulas que establecen la resolución anticipada por falta de pago de alguna de los plazos estipulados.

4. Las cláusulas que facultan a la entidad financiera para la cesión del crédito a terceros sin necesidad de comunicarlo al prestatario, con expresa renuncia de este al ser notificado.
- b) Se condene a la entidad demandada a restituir al demandante, en concepto de cantidades cobradas indebidamente en aplicación de las referidas cláusulas nulas, y desde el comienzo de las relaciones crediticias, las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia.

De forma subsidiaria, se ejercita la acción de nulidad de las mismas cláusulas por abusividad debido a la falta de transparencia por la que fueron incluidas en los contratos de préstamo hipotecario.

Con imposición de las costas procesales.

SEGUNDO. Dictado decreto de admisión de la demanda, se emplazó a la parte demandada para que contestara a la misma, lo que efectuó en el plazo legalmente establecido, y en la que terminó suplicando que se desestime la demanda presentada de adverso y se impongan las costas a la demandante.

TERCERO. El día 18 de septiembre de 2.017 tuvo lugar la Audiencia Previa al Juicio, en la que ambas partes comparecieron en forma, con la representación de procurador y la asistencia de letrado, admitiéndose como prueba la que consta en la grabación que obra unida a las actuaciones.

El acto del juicio se celebró el 8 de enero de 2.018, en el que se practicaron las pruebas admitidas en la Audiencia Previa, cumplimentándose posteriormente el trámite de conclusiones, con el objeto de que se procediera al análisis jurídico de las pruebas practicadas, quedando los autos pendientes de sentencia.

CUARTO. En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, quedando la audiencia previa y el acto del juicio grabado en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 147 de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De la demanda.

El demandante formalizó el 28 de noviembre de 2.002 escritura pública de crédito hipotecario, el cual hasta el 30 de noviembre de 2.003 se le aplicó un interés fijo anual del 4,50 %, y a partir de ese momento, un interés nominal variable, calculado por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, modalidad de Cajas de Ahorros (IRPH-Cajas). Como índice sustitutivo, se preveía el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro (CECA), junto con una cláusula de conversión del tipo de interés variable en tipo fijo en el supuesto de desaparición de los índices de referencia principal y sustitutivo: "la interrupción, a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses, de la publicación del índice de referencia sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que hay sido posible calcular".

El día 8 de agosto de 2.007 el demandante contrató un segundo préstamo hipotecario, por importe de 90.000 euros, fijándose, a partir de agosto de 2.008, un tipo de interés variable calculado conforme al tipo IRPH-Cajas, siendo el índice de referencia sustitutivo el índice CECA, y proveyéndose también una cláusula de congelación del tipo de interés para el supuesto de que desaparecieran los tipos de referencia y sustitutivo.

El destino de dichos créditos era la adquisición de vivienda habitual, teniendo por ello el demandante la condición de consumidor.

El IRPH fue impuesto al demandante, el cual no pudo comparar otras alternativas, a fin de elegir la opción más adecuada sus intereses. El IRPH-Cajas ha permanecido necesariamente por encima del tipo de referencia más habitualmente utilizado en los préstamos hipotecarios, el Euribor a un año. A partir de noviembre de 2.008, el Euribor desciende hasta mínimos históricos, siendo ello compensado por las entidades financieras con una considerable subida del diferencial, lo que hizo que el IRPH permaneciera en ratios muy altos, pese a la bajada del Euribor. Por ello, el propio procedimiento de cálculo del IRPH no les ha permitido beneficiarse del descenso del Euribor.

No se informó al demandante de la posibilidad de referenciar su préstamo al Euribor. Toda la información previa al contrato estuvo dirigida a llamar la atención sobre el diferencial aplicable al tipo de referencia (0 %), generándose así la falsa apariencia de que se estaba contratando unos préstamos hipotecarios a un precio más bajo del normal, que era el referenciado al Euribor.

SEGUNDO. De la contestación a la demanda.

La acción de nulidad ejercitada esta caducada. El dies a quo se debe computar en el momento en que se firman las escrituras de préstamo, formulándose la primera reclamación extrajudicial el 28 de junio de 2016.

El demandante es ingeniero técnico y ha realizado masters y seminarios de especialización en escuelas de negocios.

Se le ofreció varias alternativas de contratación. Tanto en el año 2.002 como en el 2.007 la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios que la demandada comercializaba eran referenciados al Euribor, con un determinado diferencial, y en menor medida, al IRPH-Cajas. Se le explicó y ofreció ambas contrataciones, acompañándolo ello de las debidas simulaciones y explicaciones numéricas. El IRPH ofrecía una mayor estabilidad en relación con el Euribor, no siendo los ascensos y los descensos tan pronunciados.

Para comparar tales índices, habrá que tener en cuenta el diferencial que siempre se aplicaba al Euribor, al contrario de lo que ocurría con el IRPH. El diferencial aplicable al Euribor siempre ha sido de un punto y medio o dos puntos. Cuando el demandante contrató los préstamos le resultaba más barato referenciarlo al IRPH que al Euribor, por el diferencial que a este se le aplicaba, siendo el demandante el que eligió el IRPH.

Con relación al segundo préstamo, el demandante no tiene la condición de consumidor, pues el destino del préstamo era realizar una inversión inmobiliaria en Brasil, a los fines de especular en el mercado inmobiliario de dicho país, que en el año 2.007 se hallaba en plena expansión. Así constan en la hoja interna del departamento de riesgos.

TERCERO. De la alegada caducidad de la acción. Desestimación.

El Banco alega que la acción de nulidad ejercitada está caducada, entendiéndose que el dies a quo se debe computar en el momento en que se firman las escrituras de préstamo, formulándose la primera reclamación extrajudicial el 28 de junio de 2.016.

La alegación se desestima.

No solo se ha ejercitado en la demanda la acción de nulidad por vicios del consentimiento, sino también la acción de nulidad por abusividad debido a la falta de transparencia de la cláusula enjuiciada, acción que viene prevista en el TRLCU, siendo esta acción imprescriptible, por lo que la acción no ha caducado.

En las cláusulas en las que se aprecie la abusividad por falta de transparencia, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho de la cláusula y no la anulabilidad, por lo que el consumidor no podrá quedar en absoluto vinculado por dicha cláusula.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 558/2017, de 16 de octubre, Rec. 255/2015:

“En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, declaramos: «No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento. Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses».

Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (artículo 6.1 Directiva 93/13)”.

CUARTO. De la condición de consumidor del demandante.

A) La entidad demandada alega que con relación al segundo préstamo el demandante no tiene la condición de consumidor, pues el destino del préstamo era realizar una inversión inmobiliaria en Brasil, a los fines de especular en el mercado inmobiliario de dicho país, que en el año 2.007 se hallaba en plena expansión.

Esta alegación la fundamenta en una hoja interna del departamento de riesgos, en la que consta dicha finalidad.

B) La alegación se desestima.

Como resalta la STS de 3 de junio de 2.016, "de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2.015 (asunto C-110/14), para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante".

Correspondiendo a la entidad bancaria la carga de la prueba sobre la no condición de consumidor del demandante, no se ha aportado a las actuaciones dato alguno del que se pueda deducir que el préstamo objeto de litis fue concedido para el ejercicio de las actividades empresariales o profesionales del demandante.

Y no puede ser prueba alguna la hoja interna del departamento de riesgos, en la que constaría que la finalidad del préstamo era hacer una inversión inmobiliaria en Brasil, y ello por un doble motivo:

1. Porque se trata de un documento emitido unilateralmente por la demandada, sin la autorización o conformidad del demandante, por lo que no puede hacer prueba plena en perjuicio de este y en beneficio de quien de forma unilateral lo ha elaborado, negando además el demandante en el acto del juicio la finalidad especulativa alegada por el banco, y diciendo que compró la vivienda en Brasil como segunda residencia, habiendo residido tres años en el extranjero.

2. Porque aun cuando la compra de dicha vivienda tuviera finalidad exclusivamente especulativa, con la finalidad de obtener lucro en la reventa, ello no privaría al demandante de la condición de consumidor, pues en todo caso la adquisición del inmueble se ha realizado con un propósito ajeno a una actividad comercial, profesional o industrial, siendo esta última la nota definitoria de la condición de consumidor.

Como indica la jurisprudencia (Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, sentencia 33/2017, de 2 de febrero de 2017, Rec. 493/2016) "la adquisición de un bien como medida de inversión o ahorro no determina la pérdida de la condición de destinatario final, al menos, en tanto no sea cedido a tercero, y respecto del ánimo de lucro, el TJUE ha declarado la condición de consumidor en quien procede con ánimo especulativo o de lucro (SS 25-10-2.005 y 10-4-2.008) en tanto en cuanto no se dé la nota negativa caracterizadora aludida (la adquisición con un propósito ajeno a una actividad comercial, profesional o industrial)".

No quedando suficientemente acreditado que el destino del préstamo de litis fuera una actividad ajena al consumo, y correspondiendo le la carga de la prueba al Banco, debe considerarse que el demandante tiene en la relación contractual controvertida (préstamo hipotecario) la condición de consumidor.

QUINTO. De la doctrina jurisprudencial sobre la validez de los préstamos referenciados al IRPH.

Se recoge en el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, Rec. 1394/2016:

"QUINTO.- El tipo de referencia IRPH.

1.- Respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) como tipo de referencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el contrato) habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.
- d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

Y dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE.

En concreto, se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) 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 hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades).

El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de dicha transformación, el IRPH-Entidades, a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

2.- Posteriormente, la definición y forma de cálculo del IRPH-Entidades pasó a regularse en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, que ordenó, en su disposición transitoria única, que el IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos dejasen de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se formalizasen después de su entrada en vigor (29 de abril de 2012). No obstante, la Orden permitió que, con carácter transitorio, tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos se siguieran publicando y considerando aptos, a todos los efectos, respecto de los préstamos a interés variable que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden, los vinieran ya utilizando para la revisión de su tipo de interés.

3.- La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

4.- Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

SEXTO.- Control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH.

1.- Como hemos visto, el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación.

No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.

La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

2.- En consecuencia, el índice como tal 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. El artículo 4 LCG excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 Directiva 93/13/CEE. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que:

«(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

3.- Como reconoce la propia sentencia recurrida, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

4.- En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

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. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

5.- Analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. 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. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida.

6.- En cuanto al control de transparencia, postulado por el demandante y realizado por la sentencia recurrida, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a: (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Como veremos a continuación, estos requerimientos no eran exigibles.

En la antes citada sentencia 367/2017, de 8 de junio, así como en la 593/2017, de 7 de noviembre, definimos el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir:

«[.a]demás del filtro de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

7.- En las sentencias del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017), nos hemos referido a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados. Y concluíamos en la segunda de las resoluciones señaladas:

«Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando

esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

»Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. 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 precio del préstamo.

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.

Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

10.- La Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

El TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato. Así, en la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) dijo:

«53 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurren en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada).

»54 De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato».

Además, la Audiencia Provincial tampoco tiene en cuenta otra circunstancia, y es que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.

También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

11.- El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª LGDCU (actual artículo 85.3 TRLGDCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

12.- No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.

Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

13.- Subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible. Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años.

Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios.

De hecho, por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor.

14.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el segundo motivo de casación debe ser estimado, porque la cláusula controvertida superaba el control de transparencia. Y al no apreciarlo así, la Audiencia Provincial infringe los artículos 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Lo que le lleva, no solo a anular y expulsar del contrato la cláusula de interés remuneratorio, sino incluso a dejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0,50%), como si se tratara de un préstamo usurario”.

En la parte dispositiva de dicha sentencia se declara que:

“la cláusula contractual por la que se establece el interés remuneratorio con un tipo de referencia IRPH-Entidades más un margen del 0,50% no puede considerarse nula por falta de transparencia”.

Los criterios seguidos en la citada sentencia del Tribunal Supremo ya venían siendo acogidos por la jurisprudencia de la Audiencia provincial de Les Illes Balears, desde los autos de la Sección Tercera 16 de julio de 2.015 y de 14 de abril de 2.016 (por todas, la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 5ª, sentencia 257/2017, de 26 de septiembre de 2017, Rec. 266/2017).

SEXTO. De la aplicación de la anterior doctrina al presente caso. Validez del préstamo referenciado al IRPH.

1. El IRPH se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, por lo que una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para determinar el tipo de referencia. No existe prueba alguna que acredite una práctica concertada entre entidades con peso específico para incidir en la fijación del IRPH y mucho menos que el índice, que está bajo el control y supervisión del Banco de España, haya sido manipulado.
2. Al ser indiscutible el carácter esencial de la cláusula IRPH, el consumidor se debe percatar de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato.
3. 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. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión.
4. El deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores no exige que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. El proceso de elaboración del IRPH de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste más complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.
5. No se puede presumir que un consumidor mínimamente formado desconozca el índice al que está referenciado su préstamo hipotecario a interés variable o que el índice de referencia se haya incorporado al contrato de forma sorpresiva, como sí se ocurre con otras cláusulas que no son esenciales. Se trataría de una presunción judicial que no respondería a ninguna lógica jurídica. Es más, en el presente caso, el demandante reconoció en el acto del juicio que sí conocía que los préstamos hipotecarios por él contratados estaban referenciados al IRPH.
6. El control de transparencia tampoco exige que se acredite haber ofrecido la opción de contratar otros índices de referencia, como el Euribor, que el tiempo ha demostrado que ha tenido una evolución más favorable para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se elaboran por el Banco de España y se publican con carácter mensual en el Boletín