

Roj: **SAP A 1792/2017 - ECLI:ES:APA:2017:1792**Id Cendoj: **03014370062017100147**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Alicante/Alacant**Sección: **6**Fecha: **05/06/2017**Nº de Recurso: **148/2017**Nº de Resolución: **173/2017**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA DOLORES LOPEZ GARRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rollo de apelación nº 148/2017.-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE BENIDORM.

Procedimiento Juicio Ordinario -32/2016.

SENTENCIA Nº 173/2017

Il'tmos/as. Sres/as.:

PresidenteD^a.M^a Dolores López Garre**Magistrados/as**D^a.Encarnación Caturla Juan

D.Carlos Javier Guadalupe Fores

En ALICANTE, a cinco de junio de dos mil diecisiete.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Il'tmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 148/2017 los autos de Juicio Ordinario 32/2016 seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE BENIDORM en virtud del recurso de apelación entablado por la parte demandada UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS S.A. que ha intervenido en esta alzada en su condición de **recurrente**, representado/a por el/la Procurador/a José Luis Córdoba Almela y defendido/a por el/la Letrado Elena Valero Galaz y siendo **apelada** la parte demandante Bernabe Y Debora representado/a por el/la Procurador/ra Verónica García Bailen y defendido/a por el/la Letrado/a Francisco Javier Zambudio Nicolás.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 4 DE BENIDORM y en los autos de Juicio Juicio Ordinario 32/2016 en fecha 11 de octubre de 2016 se dictó la sentencia nº 221/16 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D^a. M^a. Carmen Martínez Navas, en nombre y representación de D. Bernabe y de D^a. Debora contra la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. debo:*

A- DECLARAR la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo suscrito por D. Bernabe y D^a. Debora con la entidad financiera UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S..A de fecha 17 de mayo de 2011 que establece que el tipo de interés de referencia será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro, publicado mensualmente por el Banco de España en el BOE como referencia oficial, así como la cláusula

que dispone que como índice de referencia sustitutivo se aplique el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el Conjunto de Entidades, publicada mensualmente por el Banco de España en el BOE".

B.- Condenar a la entidad demanda a restituir a los demandantes, en concepto de cantidades cobradas indebidamente, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, que se calculará con arreglo a las siguientes bases:

- La suma de las diferencias entre la cantidad liquidada por la entidad financiera, efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización desde la fecha de la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2009 y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales de amortización si el índice de referencia para el cálculo de interés variable hubiera sido el euribor mas el 1,25%, manteniéndose vigentes el resto de las cláusulas financieras del contrato

- el exceso resultante en cada periodo de amortización será incrementado con el interés legal del dinero, que se devengará desde el momento mismo en que se realizara el pago de cada cuota mensual hasta la efectiva restitución de las cantidades indebidamente cobradas. " Posteriormente, en fecha 22 de noviembre de 2016, se dictó Auto Aclaratorio cuya parte dispositiva dice literalmente: "Acuerdo rectificar la Sentencia de fecha 11 de octubre de 2016 recaída en el Juicio Ordinario 32/16 en el sentido de que la referencia que en el texto de la Sentencia se hace a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2009 debe cambiarse por " Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 ", permaneciendo invariable el resto de la resolución"

Segundo. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte demandada siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta ltma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº148/2017.

Tercero. - En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día treinta de mayo y siendo ponente la ltma. Sra. Doña M^a Dolores López Garre.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- Interpusieron los actores, Don Bernabe y Doña Debora ,demanda por la que solicitaban la nulidad de la cláusula tercera bis apartado 2) del préstamo hipotecario suscrito con la demandada Unión de Créditos Inmobiliarios en fecha 17 de mayo de 2011, en esta cláusula se establecía que , el tipo de interés de referencia será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro , publicado mensualmente por el Banco de España en el B.O.E. como referencia oficial ,así como la cláusula que dispone que como índice de referencia sustitutivo se aplique el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años , para la adquisición de vivienda libre , concedidos por el Conjunto de Entidades , publicada mensualmente por el Banco de España en el B.O.E.

La sentencia de instancia estima la demanda al considerar que se trata de una cláusula predispuesta e impuesta , es decir , ante una condición general , en la que pudo haber una información precontractual pero no una negociación individualizada , considera que no se acreditado una información clara y transparente fácilmente entendible por los clientes , ni que se les ofreciera la posibilidad de comparar con otros índices para que pudieran elegir, estableciendo la obligación de restituir a los prestatarios la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a unas bases que se determinan en la sentencia.

La parte demandada Unión de Créditos Inmobiliarios impugna la sentencia de instancia alegando que la cláusula tercera bis apartado 2) del préstamo no es una cláusula abusiva y en cualquier caso su contenido queda excluido del control de abusividad. Es una cláusula que cumple los requisitos de inclusión y transparencia y por último considera que existe error en la determinación de las consecuencias derivadas de una eventual declaración de nulidad.

Segundo.- El denominado índice IRPH Entidades es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre (LA LEY 15490/2013) , el 1.11.2013. Tal y como describe el informe del Banco de España solicitado, a modo de introducción : El banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades.

Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio (LA LEY 2818/1994) del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH de Entidades y Cajas- se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: " La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (¿) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado ".

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: " El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben ".

La segunda : "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciable y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a

las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. En la medida en que se trata de datos públicos- hechos notorios ex art 208 de LEC y exentos de carga de prueba, al igual que el interés legal del dinero- puede afirmarse que: En julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 %. Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078 %.

Tercero.- A diferencia de lo que ocurre con los intereses moratorios, con los remuneratorios, por su diferente naturaleza, nos encontramos en la imposibilidad de realizar un control de abusividad (en cuanto que la conocida sentencia de 9 de Mayo de 2013 así lo establece para lo que determina elementos esenciales del contrato- , pero sí cabe aplicar de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998) y someter a dichos intereses y la cláusula donde consten al doble control de transparencia en el ámbito de la contratación con consumidores.

Debe distinguirse pese a lo dicho la posibilidad de someter a control de transparencia las cláusulas impugnadas, del control de abusividad.

A) Respecto de este segundo (control de abusividad) La Sentencia de 9 de mayo de 2013 lo aclara y así afirma " 191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación" , y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 (LA LEY 55532/2010) , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección" , y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" .

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE (LA LEY 2500/1978) , 3 CE, apartado 1, letra g) , y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 (LA LEY 21601/2011), sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si

adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 (LA LEY 199007/2010) ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 (LA LEY 203282/2010) ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 (LA LEY 244468/2010) , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 (LA LEY 144032/2012) , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio.

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

B) Aunque conforme a lo argumentado por la AP de Álava no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998) y al control de transparencia ¿doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores. Siendo esto aceptado por el tribunal inmediato superior, es en lo que se va a basar esta sentencia.

a)- En primer lugar suele decirse por las entidades financieras que la cláusula que establece el tipo de referencia no tiene naturaleza de condición general de la contratación, ni puede ser objeto de un control de abusividad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) del Consejo y el art. 4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998) .

La primera disposición citada excluye del ámbito de aplicación de la Directiva las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas y el art. 4 LCGC (LA LEY 1490/1998) excluye la aplicación de sus previsiones legales cuando las condiciones generales: "¿reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes ".

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC (LA LEY 1490/1998) , los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 (LA LEY 143790/2014) insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013 : "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica comercial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013

En la escritura pública de préstamo hipotecario que nos ocupa se advierte de que ha sido redactada conforme a la minuta presentada por la entidad demandada y de la existencia de condiciones generales de la contratación . La demandada mantiene que las cláusulas impugnadas no son condiciones generales de la contratación por cuanto han sido negociadas individualmente. Sin embargo, no acredita de modo alguno esta efectiva negociación, pues confunde negociación con información o conocimiento de la cláusula, cuando el TS ha dejado bien claro que no hay que confundir ambas cosas. Sin que de la documentación aportada e incumbiéndole la prueba conste que el cliente- parte actora y la entidad financiera tuvieran algún tipo de negociación; oferta, contraoferta o petición del consumidor, consulta al departamento competente

de la entidad, respuesta aceptando o rechazando las condiciones propuestas por el consumidor, correos electrónicos, intercambio de correspondencia en una efectiva negociación. Por tanto, al margen del análisis de la transparencia no puede cuestionarse que las concretas cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación, predispuestas e impuestas en una oferta que el cliente se limita a aceptar.

En conclusión, resulta plenamente aplicable la ley de condiciones generales de la contratación (LA LEY 1490/1998) y las cláusulas cuestionadas se someten al doble control de transparencia (control de inclusión y control de comprensibilidad real) propio de la contratación con consumidores

Cuarto.-CONTROL DE TRANSPARENCIA .

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 C-26/13 (LA LEY 46630/2014), declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998) para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

Y en los parágrafos 210 y ss de la indicada sentencia consta :

"¿el artículo 80.1 TRLCU (LA LEY 11922/2007) dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

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

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

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

Y añade: " El Tribunal concluye (apartado 215): "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998) para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

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

"parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas no son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

"a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

(¿)235. Como regla el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) [...] el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa" (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71)

236. También el artículo 82.3 TRLCU (LA LEY 11922/2007) dispone que "[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará [...] considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa".

237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa." Y cita al respecto el considerando decimooctavo de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993)."

Pues bien, en el presente caso, analizada la documental aportada por la parte actora y la parte demandada y a prueba testifical propuesta por esta última conforme al art 217 de la LEC y lo dispuesto en el art 218 del mismo texto legal en cuanto a la disponibilidad probatoria, y en conclusión, no puede estimarse superado el control de transparencia, pues si bien podría justificarse la superación del control de inclusión con la documental aportada en ningún caso de la misma puede inferirse que la entidad demandada proporcionara información clara, comprensible y detallada sobre el tipo de referencia (principal y sustitutivos) a aplicar en el préstamo, como tampoco obviamente de los días a considerar en su cálculo.

Por todo lo anteriormente expuesto debe declararse la nulidad de la cláusula tercera bis en cuanto que referencia el préstamo a IRPH cajas e IRPH entidades.

SEXTO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD.

Conforme al art. 9.2 LCGC (LA LEY 1490/1998) que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil (LA LEY 1/1889) . El art. 10.1 LCGC (LA LEY 1490/1998) establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

En cuanto a los efectos la jurisprudencia comunitaria es muy clara, así a STJUE de 30 de mayo de 2013 , caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C-485/13 y C-487/13 , caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11 , caso Asbeek Bruse y de Man Gaabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE (LA LEY 4573/1993) no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

Por todas, la mas reciente del Tribunal Supremo que recoge también la Sentencia de 21 de Diciembre de 2016 del TJUE, y que si bien es específica para la cláusula suelo, es aplicable al caso presente . Ya que esos son los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula declarada nula, según la jurisprudencia del TJUE , lo dispuesto en el art 1303 del Cc , y la doctrina jurisprudencia establecida por nuestro alto Tribunal, Sentencia Pleno Tribunal Supremo de 24/02/2017 (Nº Recurso: 740/2014 . Ponente Ilmo. Sr. Vela Torres) , precisamente Sobre cambio de Jurisprudencia en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.

Así la indicada Sentencia de nuestro alto Tribunal establece " temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula litigiosa infringe el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y que la consecuente obligación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas no permite matiz alguno, so pena de no garantizar los derechos del consumidor afectado e infringir el art. 7.1 de la misma Directiva.

Precisamente el argumento de la buena fe a que ahora se refiere la parte recurrente ya subyacía en la argumentación de la sentencia de este Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , cuando en su párrafo 292 hizo mención a la STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C- 92/11 , cuyo apartado 59 se refería a la posibilidad de limitar las consecuencias de la ineficacia de relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Tesis que, expresamente, no ha sido acogida por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, por lo que no resulta pertinente volver a someter a consideración la misma cuestión.

En consecuencia, sin necesidad de nuevo planteamiento de ulteriores peticiones de decisión prejudicial sobre los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, lo que procede es la asunción de lo resuelto por el TJUE, con el consiguiente cambio de jurisprudencia, en los términos que expondremos a continuación.

QUINTO.- Resolución del único motivo de casación. Adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a los pronunciamientos del TJUE en materia de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. Desestimación del recurso de casación.

1.- Según reiterada jurisprudencia tanto del TJUE -actualmente o en sus denominaciones anteriores- (sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70 ; 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77 ; 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, C-314/85 ; y 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06 ,) como del TC (sentencias 28/1991, de 14 de febrero ; 58/2004, de 19 de abril ; 78/2010, de 20 de octubre ; y 145/2012, de 2 de julio , entre otras muchas), los jueces nacionales, en su condición de jueces de la Unión, están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su primacía sobre el Derecho nacional conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, C-244/1980). Además, las sentencias prejudiciales son obligatorias (artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , versión consolidada de 25 de septiembre de 2012) y tienen, como regla, eficacia ex tunc desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (STJUE de 7 de julio de 2011, Nisipeanu, C-263/10).

Se trata de una fuerza obligatoria erga omnes , por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE (STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005, y SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14).

3.- En consecuencia, procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha considerado que:

a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 , se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.

b) Dicha jurisprudencia nacional sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE .

4.- En su virtud, puesto que la sentencia recurrida se ajustaba a lo que ha venido a resolver posteriormente la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el recurso de casación ha de ser desestimado, ya que aunque en su momento lo planteado en dicho recurso era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión.

5.- La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 CC , el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, sentencia de esta sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido. Es decir, esta alegación debe desestimarse porque se trata de un planteamiento nuevo que no se formuló oportunamente en el momento procesal adecuado, el recurso de casación. Además, la extemporaneidad afecta a otros principios esenciales como son los de preclusión, contradicción y defensa, estos dos últimos con valor de garantías constitucionales fundamentales - art. 24.1 CE -, como resalta la jurisprudencia de esta Sala (sentencias 614/2011, de 17 noviembre ; 632/2012, de 29 octubre ; 32/2013, de 6 de febrero ; y 268/2013, de 22 de abril , entre otras muchas) ."

Por lo que procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el inicio del contrato a consecuencia de aplicar abusiva la cláusula IRPH por infringir la normativa sobre consumidores Directiva 93/13/CEE y confirmado por la sentencia ya mencionada de 21 de diciembre de 2016.

En virtud de lo expuesto procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son de imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso; y en nombre del REY y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Señor Córdoba Almela en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.A. Establecimiento Financiero de Crédito contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de la ciudad de Benidorm en fecha 11 de octubre de 2016 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia **CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículo 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, advirtiéndose a las partes que contra la misma caben los recursos extraordinarios, que deberán ser interpuestos, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días, y para su posterior remisión al Tribunal Supremo.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, 13/2009, de 3 de noviembre, para interponer los citados recursos deberá consignarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Tribunal la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite.

Por otra parte, firme la presente resolución, conforme a lo dispuesto en el n.º 9 de la misma Disposición Adicional Decimoquinta antes citada, al haber sido confirmada la resolución recurrida, el recurrente perderá el depósito efectuado para la apelación, al que se dará el destino previsto en esta disposición.

Y en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados del pertinente testimonio de esta resolución para ejecución y cumplimiento de lo acordado y resuelto, uniendo otro testimonio al rollo de apelación y el original al legajo de sentencias.

Así por esta nuestra sentencia definitiva, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.