



Roj: **SAP GI 1219/2019 - ECLI: ES:APGI:2019:1219**

Id Cendoj: **17079370012019100515**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **05/09/2019**

Nº de Recurso: **790/2017**

Nº de Resolución: **550/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO LACABA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1702342120170039655

Recurso de apelación 790/2017 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Blanes

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 106/2017

Parte recurrente: BANCO SABADELL, S.A.

Procuradora: Ma. Mar Ruiz Ruscalleda

Abogado: Santiago Aitor Alonso Larruscain

Parte recurrida: Ascension y

Debora

Procuradora: Sheila Cara Martin

Abogada: Irene Moreno Ramos

SENTENCIA N° 550/2019

Magistrados:

Fernando Lacaba Sánchez Fernando Ferrero Hidalgo Carles Cruz Moratones

Girona, 5 de septiembre de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero . En fecha 20 de diciembre de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 106/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Blanes a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Ma. Mar Ruiz Ruscalleda, en nombre y representación de BANCO SABADELL, S.A. contra la Sentencia nº117 de 21 de setiembre de 2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Sheila Cara Martin, en nombre y representación de Ascension y Debora .

Segundo . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:



"ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D^a Sheila Cara Martín, en nombre y representación de Ascension y Debora , frente a Banco de Sabadell S.A., y en consecuencia, DECLARAR NULAS por abusivas la **cláusula** financiera tercera bis en cuanto que referencia el préstamo IRPH Cajas y el sustitutivo CECA, la **cláusula** financiera tercera bis relativa al margen a adicionar al índice de referencia (**cláusula suelo**), **cláusula** financiera cuarta, punto 6, relativa a las comisiones por reclamación de posiciones deudoras, y la **cláusula** financiera sexta bis, apartado a, relativa a la resolución anticipada del préstamo ante cualquier impago, contenidas todas ellas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario suscrito el 28 de junio de 2005, teniéndolas por no puestas.

CONDENAR a la parte demandada a devolver a las demandantes la suma que corresponda por las cantidades cobradas en cada una de las cuotas mensuales del préstamo en virtud de las **cláusulas** declaradas nulas, desde la firma del contrato y hasta la supresión de las **cláusulas**, que será determinada en ejecución de Sentencia; así como los intereses legales desde la fecha de cada cobro.

No ha lugar a hacer expresa imposición de costas."

Tercero. Consta Auto Aclaratorio, de fecha 4 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

Estimo la petición formulada por la Procuradora SHEILA CARA MARTIN de la parte demandante de aclarar la resolución dictada en el presente procedimiento con fecha 21 de septiembre de 2017, en el sentido de que queda definitivamente redactada de la siguiente forma:

Atendidos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , estimada totalmente aquélla, procede imponer las costas causadas a la parte DEMANDADA"

Cuarto. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 03/06/2019.

Quinto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado **D. Fernando Lacaba Sánchez**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no contradiga lo que se dice a continuación.

PRIMERO.- Breves antecedentes.-

D^a Debora y D^a Ascension , interpusieron demanda frente a CAIXA DEL PENEDES en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad, y todo ello en base al préstamo con garantía hipotecaria de 28 junio 2005.

La entidad bancaria se allanó respecto a la **cláusula suelo** y contestó la demanda oponiéndose al resto.

La Sentencia estima íntegramente la demanda por lo que formula recurso la entidad bancaria al que se oponen las demandantes.

SEGUNDO.- En orden a la prescripción.-Desestimación.-

Se invoca respecto de la acción restitutoria pero no de la declarativa.

El criterio de este Tribunal es el siguiente:

Se pretende que la restitución de las cantidades abonadas en razón de la nulidad de las **cláusulas**, se hallan sometidas a un término de prescripción, haciendo distinción entre la acción declarativa y la restitución de las sumas abonadas.

La meritada distinción la compartimos, pero se omite un detalle importante, que es el relativo al " *dies a quo* ".

Efectivamente existe un término en nuestra legislación máximo de diez años en nuestra legislación catalana (art. 121-20 del CCC) y si tomásemos la fecha del contrato del préstamo, que se remonta al año 2005, la restitución de cantidades podría estar prescrita. Sin embargo, debe tenerse presente, el artículo 121-23 del meritado CCCat , que regula el cómputo del término de reclamación fijando el " *dies a quo* ", diciendo: " *se inicia cuando, nacida y ejercida la pretensión, la persona titular conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la que se puede ejercer*".

Este matiz, ya excluye que en el año 2005 se pudiese conocer razonablemente que las **cláusulas** del préstamo hipotecario eran abusivas, puesto que, este extremo no se ha podido conocer, de forma razonable por el consumidor, hasta que se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23.12.15, en la que, por primera vez y con voluntad manifiesta de fijar criterio jurisprudencial, se decide que la **cláusula** genérica por la que se pactan (en aquel supuesto) que todos los **gastos** del contrato lo serán a cargo del prestatario, sin tener en cuenta en cada **gasto** quien ha sido el beneficiario o el obligado por ley. De este modo, el " *diez a quo* " debe ser fijado en la meritada Sentencia del TS.

En conclusión, el motivo debe ser desestimado.

TERCERO Sobre las **cláusulas** de fijación del interés remuneratorio variable de acuerdo al IRPH CAJAS. Sobre la posibilidad de su control. STS de 14 de diciembre del 2017.

Se combate la desestimación parcial de la demanda formulada, en cuanto estima la petición de declarar la nulidad de la **cláusula** de IRPH Cajas y CECA.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de Pleno de 14 de diciembre del 2017, tras aceptar que la **cláusula** relativa al interés variable y a su determinación puede considerarse como una condición general de la contratación y que su control no puede examinarse a través de la abusividad, sino de la transparencia, indica lo siguiente:

"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: "4.- [..además del filtro de incorporación previsto en los arts. 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.

"5.- 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, caso Banco Primus, C-421/14), 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 pactado. Y concluíamos en la segunda de las resoluciones pactadas:

"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 precepto 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.²

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, C- 186/16 (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 de la 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 concurran 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 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), 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 arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las **cláusulas** abusivas en los contratos celebrados con consumidores. 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."

CUARTO. - Estimación del motivo relativo al interés IRPH y sustitutivo.

A la vista de la referida sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, transcrita parcialmente y examinados los pactos suscritos en los contratos de préstamo relativos al tipo de referencia en la determinación del interés variable, no cabe más que la estimación del motivo centrado en el índice de referencia IRPH-Cajas (similar al de Entidades) a al no apreciarse que en el contrato se hayan infringido la obligación de transparencia a la que estaba obligada la entidad crediticia, tanto en la inclusión de las **cláusulas** como en su información a los clientes.

El IRPH, como índice de referencia en la determinación del interés variable, forma parte del precio y, por tanto, es un elemento principal del contrato, por lo que, como dice dicha sentencia, no es posible someterlo al control judicial de abusividad en cuanto a su contenido. Puede, por el contrario, someterse al control de transparencia y al de incorporación, siempre que se trate de un consumidor.

En cuanto al control de incorporación debe partirse de lo que dispone el artículo 5.1 Ley de Condiciones Generales de la Contratación que establece que "Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas". Y el apartado 5 exige que la redacción de las **cláusulas** generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Y el artículo 7 de dicha ley excluye del contrato las siguientes condiciones: "a) las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato; b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles".

Las **cláusulas** discutidas son las previstas en la estipulación tercera bis del contrato, que se titula "definición del tipo de interés aplicable" y "definición del tipo de interés de referencia", distinguen entre un periodo fijo y un periodo de interés variable. Al determinarse éste se distingue entre la definición y la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia, destacándose que este será el IRPH Cajas de forma principal y de forma subsidiaria el concedido por el conjunto de Entidades, indicándose también con qué criterios se determinan los mismos. Y se precisa que este tipo de referencia se publica mensualmente en el Boletín Oficial del estado.

Estas **cláusulas**, desde el aspecto gramatical, son claras y comprensibles, pues se evidencia, por un lado, que se está pactando un interés variable, y por otro lado, se concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, que es un índice oficial, bajo el control del Banco de España y que se publica en el BOE, pudiendo el prestatario conocer el índice que se le aplica. Por lo tanto, la redacción de las **cláusulas** son claras y comprensibles, en cuanto a que el prestatario podía conocer que como precio de la cantidad prestada tenía que devolver, además del capital prestado, un interés, que este era variable durante la mayor parte de la vida del préstamo y que la variabilidad dependía de un índice oficial y publicado en el BOE.

A ello debe añadirse que tales **cláusulas** fueron redactadas por un Notario, como se ha dicho, su lectura gramatical es clara, siendo ilógico que ignorase que estaba pactando un interés variable y que éste se determinaba de acuerdo con el IRPH Cajas (posteriormente en el de Entidades), y además, porque cualquier consumidor en préstamos de esta naturaleza lo primero que pregunta es el tipo de interés que debe pagar. Podrá no comprender que tiene una **cláusula suelo**, o las comisiones que debe pagar, o incluso el interés de demora, pero es claro que sabe cuál es el interés variable que le van aplicar.



Aunque la **cláusula** relativa al tipo de interés variable pueda calificarse como una condición general de la contratación, cuesta creer que los demandantes ignorasen que estuviera aceptando que la devolución de la cantidad prestada debía efectuarse pagando un interés y que tal interés se fijaba de acuerdo con el IRPH, como ya hemos indicado *ut supra* .

Y para analizar la transparencia de la **cláusulas** no puede acudirse a los mismos criterios que estableció la sentencia del TS de 9 de mayo del 2013 como indica la sentencia de Pleno de 14 de diciembre del 2017 , antes transcrita, explicando la diferencia entre la **cláusula suelo** y la **cláusula** relativa al índice de determinación del interés variable.

Ante esa trascendente diferencia, es claro que para que la **cláusula suelo** sea transparente es necesario que al consumidor se le informe de su incorporación y de su trascendencia para el contrato, mientras que respecto de interés variable y su forma de determinación es imposible que el consumidor desconozca su existencia, por lo que son irrelevantes aquellas circunstancias que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta en dicha sentencia para declarar nula la **cláusula suelo**, como sería la ubicación en el contrato, su mayor o menor proximidad a los elementos determinantes del precio o que se enmascare en multitud de datos y previsiones contractuales, lo cual además, no ocurren en el presente caso.

Y en cuanto a la información sobre cómo se determina el índice de referencia, en la propia **cláusula** se indica que son índices bajo la supervisión del Banco de España, que se determina en atención al tipo medio de las préstamos hipotecario a tres años y se publican mensualmente en el BOE, si ello es así, no se comprende que más información se puede dar al consumidor. Tampoco se estima, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, que sea necesario que se le informe de la existencia de otros índices de referencia y de su evolución, pues, por lo menos, en cuanto al pasado todos los índices se publicaban en BOE y constan también la evolución de los mismos en el Banco de España, publicándose de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí, siendo incomprensible que un consumidor mínimamente formado acuda a una entidad bancaria a solicitar un préstamo de una cuantía considerable, sin informarse del tipo de interés que pagará, si será fijo o variable y, en este caso, como se determina el mismo.

En definitiva, a diferencia de lo resuelto por la Juzgadora de Instancia no se aprecia que exista falta de transparencia en la incorporación del interés variable y de su determinación en el contrato.

QUINTO.- *Mantenimiento de costas de primera instancia a la entidad bancaria. STS 419/2017 de 4 de julio .*

La norma general en la imposición de costas es el principio de vencimiento, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor. Si el consumidor, a pesar de vencer el litigio, tuviera que pagar sus **gastos** en las instancias, se produciría un efecto disuasorio inverso, para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

SEXTO.- *Costas del recurso.*

La estimación parcial del recurso conlleva la no imposición de costas del mismo.

FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso instado por el BANCO SABADELL SA y REVOCAMOS la Sentencia de fecha 21/09/17 del Juzgado nº 6 de Blanes, en el único extremo de desestimar la nulidad de la **cláusula** del interés de referencia IRPH y sustitutivo. Se confirma el resto del fallo y el Auto aclaratorio de 4/10/17.

Sin costas del recurso

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por interés de ley para ante el TS en los términos indicados en el art. 476-2-3ª i 3 de la LEC .

También cabe recurso extraordinario por infracción procesal de acuerdo con el art. 469 i la Disposición Final 16 de la LEC .

Lo acordamos y firmamos.