

Sentencia nº 55/2017 de la AP Vizcaya Sección 3ª de 13/02/2017 Recurso 401/2016 (entidad demandada: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.) (Índice declarado nulo: IRPH Entidades).

"(...)

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 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.

(...)

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 ello, debe declararse la nulidad de la cláusula tercera bis en cuanto que referencia el préstamo a IRPH cajas e IRPH entidades."

.Así como la sentencia de fecha 20/10/16 de dicha Audiencia Provincial, la cual fundamenta en los siguientes términos: "PRIMERO.- Pretende, la parte apelante, que se declare expresamente la validez de los apartados 1) y 2) de la cláusula 3ª bis de la escritura del préstamo hipotecario de los demandantes. SEGUNDO.- Entrando en el examen de la procedencia o no del recurso de apelación, a la luz de las consideraciones en las que el mismo se basa y que es innecesario reproducir al ser conocidas por las partes y dado que, además, irán surgiendo en el curso de la presente argumentación en la medida en que resulten precisas o útiles para la debida resolución de la causa, y una vez examinado lo actuado, hemos de comenzar indicando que por la parte apelante se sostiene, en primer lugar, el carácter negociado del tipo de interés en el contrato de préstamo hipotecario y su consecuente exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Pues bien, ya hemos señalado en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, y 29 junio 2016, rec. 334/2016, entre otras, que:

"El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2.013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a. Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b. Predisposición: la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c. Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d. Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

(...)

QUINTO

En cuanto a las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas, cuales son la cláusula 1.4 (modificación de tipo de interés), párrafos 3º y 4º, así como el apartado b del párrafo 3º, en cuanto a los límites de la variación del tipo de interés aplicable del contrato de préstamo suscrito entre las partes el 7 de abril de 2005, se ha de mantener que la declaración de nulidad comporta, que se condene a la entidad bancaria a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso hasta el momento y que sean calculadas en atención a la diferencia entre el 2,85% pagado desde el transcurso del primer año, y el Euribor más 0,60 puntos, así como a las que se hayan generado durante la tramitación del procedimiento, a determinar en ejecución de sentencia, sobre la base de las sumas reales que se abonen durante dicho período conforme a la cláusula cuya vigencia se mantenía hasta la fecha de la presente parcialmente, y su diferencia con lo que se hubiera debido de cobrar sin la aplicación de las cláusulas cuya nulidad se declara, incluida la del suelo del 2,85% conforme a la fórmula pactada de tipo variable de Euribor más 0,60 puntos.