

**JDO.PRIMERA INSTANCIA N.4
GUADALAJARA**

SENTENCIA: 00498/2020

PASEO DR. FERNÁNDEZ IPARRAGUIRRE, 10

Teléfono: 949209900, Fax: 949253746

Correo electrónico: .

Equipo/usuario: SCF

Modelo: 0030K0

N.I.G.: 19130 42 1 2017 0005139

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000765 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE , DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. MARIA CARMEN ROMAN GARCIA, MARIA CARMEN ROMAN GARCIA , MARIA CARMEN ROMAN GARCIA

Abogado/a Sr/a. , ,

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA

Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL SANCHEZ AYBAR

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA 498/2020

En Guadalajara a ocho de abril de dos mil veinte.

Vistos por mí, Doña Ángela Sanz Rubio, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil n ° 4 de Guadalajara y su Partido especializado de forma exclusiva pero no excluyente en los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación incluidas en préstamo hipotecarios concertados con personas físicas, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 765/2017 a instancia de DOÑA

DOÑA

y

representados por la Procuradora de los Tribunales Doña María del Carmen Román García y bajo la Dirección Letrada de Doña Raquel López Moriana y Fuensanta Cabrera Salinas, contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A representada por el Procurador de los Tribunales Don José Miguel Sánchez Aybar y bajo la dirección letrada de Doña María José Cosmea Rodríguez, sobre NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD en nombre de S.M, dicto la presente Sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de DOÑA

DOÑA

y

se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A cuyo conocimiento correspondió a este Juzgado especializado de forma exclusiva pero no excluyente en

los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación incluidas en préstamo hipotecarios concertados con personas físicas.

La parte actora basa su demanda en los siguientes hechos: el día 5 de octubre de 2006 los actores suscribieron con la entidad demandada un préstamo hipotecario por importe de 150.000€. En el pacto tercero bis.- Determinación del tipo de interés se establece un tipo de interés variable, que su calcula adicionando el diferencial de 0,40 puntos al Tipo Medio de los préstamo hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro (IRPH Cajas), siendo sustitutivo del mismo el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro-Indicador CECA. Alega que los actores no fueron informados ni dispusieron de la información suficiente para poder elegir libremente entre el índice aplicado y el EURIBOR, siendo el tipo ofertado más perjudicial para los intereses de los prestatario, extremo conocido por la entidad bancaria. Igualmente alega que la citada escritura contiene otra cláusula abusiva, la quinta, que impone a la parte prestataria el pago de todos los gastos de constitución del préstamo hipotecario. La hipoteca anterior se canceló en fecha 25 de noviembre de 2016 y se otorgó otra escritura por importe de 137.000€ y un plazo de amortización de 35 años, incluyéndose en la cláusula quinta la obligación de la parte actora de abonar todos los gastos de constitución del préstamo. Igualmente que los actores tiene la condición de consumidor, que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, que las cláusulas indicadas no superan el control de inclusión, transparencia y contenido. Afirma que se ha realizado reclamación extrajudicial. En base a tales hechos y a los fundamentos de derecho que considera de aplicación solicita que se dicte sentencia con los pronunciamientos contenidos en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto de 24 de octubre de 2017 se admitió a trámite la demanda, emplazándose a la parte demandada para su contestación, con apercibimiento que la falta de contestación a la misma en tiempo y forma implicaría la declaración en situación de rebeldía procesal.

Por la representación procesal de la entidad demandada se presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda impugnando la cuantía del procedimiento y alegando la falta de jurisdicción del orden civil. En cuanto al fondo del asunto alega que el IRPH es un elemento definidor del contrato y un índice oficial calificado por el Banco de España hasta la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, por lo que no puede considerarse que dicha cláusula adolezca de falta de transparencia, ni que sea abusiva para el consumidor, ni que cause desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes y por tanto no puede ser declarada nula en ningún caso. Igualmente aboga por la validez y legalidad de la cláusula de gastos, realizando una serie de referencias respecto de cada uno de los que son reclamados por la parte actora. En base a todo lo anterior solicita que se dicte sentencia con los pronunciamientos contenidos en el suplico de la contestación a la demanda.

TERCERO.- En fecha 18 de noviembre de 2017 se dictó Diligencia de Ordenación en la que se admitía a trámite la demanda y en la que se

señalaba la Audiencia Previa para el día 15 de marzo de 2018 las 13.00 horas

En el día y hora señalados para la Audiencia Previa la misma se celebró con la comparecencia de la debida representación y defensa de la parte demandante.

Dada la palabra a la dirección letrada de la parte actora se ratificó en su escrito de demanda y realizó una alegación complementaria aclarando el suplico en relación con el IAJD sometiéndose a la decisión del TS, pero no se trata ni de una renuncia ni de un desistimiento, razón por la cual teniendo en cuenta lo anterior y las posibilidades ofrecidas por esta Juzgadora manifestó mantener el suplico consta en su demanda. Como prueba solicitó la documental por reproducida y testifical.

Otorgada la palabra a la dirección letrada de la entidad demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda y no impugnó los documentos presentados de contrario. Como prueba solicitó documental por reproducida y oficio a la AEAT.

Se desestimó la excepción procesal de falta de jurisdicción civil para conocer del presente procedimiento, formulándose PROTESTA por la dirección letrada de la entidad demandada.

La cuestión de suspensión por prejudicialidad civil se acordó su resolución por auto aparte, auto de fecha 3 de mayo de 2018, resolviéndose el recurso de reposición mediante auto de 18 de diciembre de 2018.

Se fijaron como HECHOS NO CONTROVERTIDOS la condición de consumidor de la parte actora y que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

Por su parte se fijaron como HECHOS CONTROVERTIDOS:

- Cuantía del procedimiento.
- Nulidad de las cláusulas impugnadas del préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006; IRPH-Cajas y gastos.
- Nulidad de las cláusulas impugnadas del préstamo hipotecario de 25 de noviembre de 2016: gastos.
- Las consecuencias de la declaración de nulidad de tales cláusulas.
- Costas.

La entidad demandada manifestó no tener datos de localización del testigo propuesto y una vez recibida la contestación del oficio por parte de la AEAT se dio traslado a las partes para conclusiones por escrito, y verificadas las mismas quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la presente resolución mediante Diligencia de Ordenación de 30 de octubre de 2019.

TERCERO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar la presente resolución habida cuenta la carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita, de forma principal, acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación solicitando se dicte sentencia por la que se declare expresamente la nulidad por abusiva de varias de las condiciones generales de la contratación establecidas en el contrato de préstamo de 5 de octubre de 2006 y en el contrato de préstamo de 25 de noviembre de 2016 con la consiguiente eliminación de tales cláusulas y los efectos restitutorios inherentes a dicha eliminación y declaración de nulidad.

Por la representación procesal de la entidad demandada se presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda impugnando la cuantía del procedimiento y alegando la falta de jurisdicción del orden civil. En cuanto al fondo del asunto alega que el IRPH es un elemento definidor del contrato y un índice oficial calificado por el Banco de España hasta la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, por lo que no puede considerarse que dicha cláusula adolezca de falta de transparencia, ni que sea abusiva para el consumidor, ni que cause desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes y por tanto no puede ser declarada nula en ningún caso. Igualmente aboga por la validez y legalidad de la cláusula de gastos, realizando una serie de referencias respecto de cada uno de los que son reclamados por la parte actora. En base a todo lo anterior solicita que se dicte sentencia con los pronunciamientos contenidos en el suplico de la contestación a la demanda.

SEGUNDO.- El primero de los hechos controvertidos es la **cuantía de este procedimiento**. En cuanto a la **cuantía del procedimiento**, es cierto que esta Juzgadora ha venido considerando dicha cuestión como hecho controvertido y en consecuencia lo ha analizado en la resolución dictada en primera instancia, si bien, ha tenido conocimiento del criterio de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara, por ejemplo en Sentencias 101/2018 o 116/2018, considerando conveniente un cambio de criterio, sobre esta cuestión.

Así en el *Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia 101/2018 de fecha 5 de Junio de 2018*, se establece lo siguiente: " **(i)**. Lo primero que hay que resaltar es que, como señala el ATS de 25 enero 2011, la LEC otorga a la cuantía del litigio un carácter meramente instrumental en cuanto constituye, no un fin en sí mismo, sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales (competencia objetiva, procedimiento adecuado y acceso a casación), o para la resolución de otras incidencias (tasas o tasación de costas). Ahora bien, es igualmente reiterada la jurisprudencia que señala que la

cuantía del procedimiento es única e inalterable durante todo el procedimiento y, sobre su determinación, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil establece unos trámites, otorga una serie de facultades e impone determinadas obligaciones que afectan, tanto a las partes como al órgano judicial. Así, el artículo 253 impone al actor la obligación de expresar con precisión y claridad la cuantía de la demanda en el escrito inicial, remitiéndose para ello a los preceptos que le preceden (arts. 251 y 252 de la LEC), debiendo considerarla de cuantía indeterminada cuando no es posible su determinación (art. 253.3 LEC), y, en lógica correlación, la obligación de aportar con la demanda los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a los solos efectos de competencia y procedimiento (artículo 264.3), puesto que ambas cosas son necesarias para el examen de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia de la competencia objetiva y adecuación del procedimiento. Superada la fase de admisión de la demanda, a la parte demandada se le impone la carga de impugnar la cuantía del litigio si entiende que el procedimiento instado por el actor no es el adecuado y si afecta a la recurribilidad en casación de la futura sentencia que lo resuelva (artículo 255.1), lo que naturalmente, ha de hacer en la contestación a la demanda, resolviendo en el acto de la audiencia previa o en la vista.

Así pues, la única posibilidad de impugnación de la cuantía por la parte demandada radica en lo previsto en el artículo 255 LEC, que no le autoriza a impugnar la cuantía en todo caso, sino sólo cuando su exacta determinación afecte al tipo de procedimiento por razón de la cuantía o a la admisibilidad del recurso de casación. Fuera de estos casos, esto es, cuando no exista conformidad con la cuantía al entender mal realizado el cálculo sin afectar al tipo proceso o al régimen de recursos, la ley no establece ningún mecanismo de impugnación específico.

En estos supuestos, las resoluciones de la mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que cuando la cuantía del proceso solo tiene efectos en relación con una eventual condena en costas, y no con el procedimiento a seguir o con la procedencia o no de recurso de casación, no procede seguir el trámite del citado artículo 255 de la Lec, ni dictar ninguna resolución al respecto. En este sentido la SAP de Bizkaia, sec. 3ª, de 5 de junio de 2015, con referencia a su sentencia de 26 de marzo de 2004; la SAP a Coruña, sección 4, del 11 de abril de 2018; SAP de Soria de 19 de marzo de 2018, SAP de Barcelona, sec 1, del 27 de noviembre de 2017 o la SAP de Las Palmas de Gran Canarias, Sec. 4ª, de 14 de abril de 2015 que indica que "Si la discrepancia en la determinación de la cuantía no tiene ningún efecto procesal, no es necesario ni tiene sentido resolverlo en la fase declarativa. Cuestión distinta es para la determinación del importe de las costas, donde ya constará para el trámite oportuno que la cuantía ha sido impugnada y se resolverá."

Igualmente la SAP de Madrid, sección 12ª, de 21 de enero de 2015, señala que "puesto que la necesidad de que el juzgador fije inicialmente la cuantía del procedimiento, únicamente surge, bien

porque el juicio elegido por el demandante no se corresponde con el valor señalado o a la materia que se refiere su demanda, (artículo 254 LEC), o bien porque el demandado entendiera que de haberse determinado correctamente, la cuantía resultaría procedente el recurso de casación (artículo 255 LEC), sin que ninguno de cuyos supuestos se da en el caso presente, debemos señalar que, la cuantía propuesta por el actor en su demanda, y la propuesta por el demandado son adecuadas para que la tramitación sea por el cauce seguido del Juicio ordinario, así como inadecuadas para posibilitar el recurso de casación contra la sentencia que ahora se dicta. Quiere con ello decirse que no es al apelar la sentencia sino en su caso, al tasar las costas procesales, cuando en su caso, procedería volver sobre el tema de la cuantía procedimental, que en todo caso deberá someterse”.

Recientemente la SAP de Murcia, sección 1ª, de 5 de marzo de 2018, se ha pronunciado al respecto considerando que “dentro la vía de impugnación de la tasación de costas será el momento de plantear la determinación del importe de la cuantía, pues sólo en este ámbito tiene incidencia concreta la determinación de la cuantía, lo que implica dejar imperejuzgado este aspecto y diferir su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas”.

También nuestra Sala, en la Sentencia 261/2014 de 25 noviembre de 2014, recogiendo esta jurisprudencia, señaló que “si se acuerda la continuación del juicio por los trámites del ordinario la solución pasa por continuarlo y sin entrar en otras consideraciones sobre el exacto valor del interés económico del objeto del proceso que podrá, en su caso, tener importancia y consideración, en el trámite de tasación de costas y en su hipotética impugnación por excesivas, pero no, reiteramos, en esta fase declarativa en la que únicamente importa la cuantía para determinar la clase de juicio (....)”. Es por ello, que consideramos correcta la sentencia apelada, cuando estima que, en estos casos de falta de acuerdo de las partes con respecto a la cuantía del juicio, es trámite adecuado para su determinación el incidente de impugnación de costas, como presupuesto necesario para llevar a efecto la tasación procedente conforme a Derecho (...).”.

(ii). Sentado lo anterior, en el presente supuesto lo primero que hay que precisar es que la actora especificó que el procedimiento a seguir era el ordinario, pero éste no se determinó por la cuantía, sino por la materia. Se aplicó la regla del art. 249.1.5º de la LEC, por ejercitarse “acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”, sin que opere la excepción del art. 250.1.12º de la LEC porque no se ejercita una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Por ello, el cauce procesal del procedimiento ordinario se determinó por la materia, siendo irrelevante la cuantía.

Por otra parte, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 253.1 LEC, la parte actora fijó la cuantía litigiosa como indeterminada. En el Decreto dictado por el órgano judicial de instancia, de fecha

de 27 de julio de 2017, también se fijó la cuantía litigiosa como indeterminada, sin que fuera recurrido, siendo impugnada en la contestación a la demanda al considerar la entidad financiera que debe quedar fijada en el importe que debe ser restituido a la actora, siguiendo la Juez de instancia, para la resolución de la cuestión, el trámite del art. 255 de la LEC.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demanda son la nulidad de una de las condiciones generales incluida en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito y la restitución de determinadas cantidades como consecuencia de dicha nulidad, la cuantía fijada no afecta al procedimiento seguido, el ordinario, ni puede afectar al acceso al recurso de casación, teniendo relevancia solo a los efectos de la tasación de las costas procesales, por lo que no es en presente procedimiento, ni en instancia ni en apelación, donde deba decidirse la cuantía del procedimiento sino, en su caso, al tasar las costas procesales, lo que implica dejar imprejuizado este aspecto y diferir su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas. Deberá ser, al practicarse la tasación de costas -si es que ésta tiene lugar-, cuando se determine, con plena libertad, la cuantía real del tema litigioso, ya que será, -repetimos si llega a haber la citada tasación-, el único momento para el que va a resultar trascendente su fijación, teniendo en cuenta entonces las posibles alegaciones o impugnaciones de las partes.

Es por ello que el primero de los motivos de apelación de la parte actora ha de ser estimado".

Los argumentos expuestos en la citada resolución son plenamente aplicables al caso enjuiciado en este procedimiento razón por la cual se dan íntegramente por reproducidas, debiendo cambiar esta Juzgadora su criterio, y considerar que la cuantía fijada no afecta al procedimiento seguido, el ordinario, ni puede afectar al acceso al recurso de casación, teniendo relevancia solo a los efectos de la tasación de las costas procesales, por lo que no es en presente procedimiento donde deba decidirse la cuantía del procedimiento sino, en su caso, al tasar las costas procesales, lo que implica dejar imprejuizado este aspecto y diferir su respuesta dentro del ámbito de la tasación de costas.

TERCERO.- Centrado el debate en la solicitud de declaración la nulidad de varias de las condiciones generales de la contratación, contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 y de la cláusula de gastos de la escritura de 25 de noviembre de 2016, procede el examen detallado de cada una de las cláusulas impugnadas, empezando por la **CLÁUSULA DE GASTOS**, que en ambos préstamos es la cláusula QUINTA.

La cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 tiene el siguiente tenor literal: "Serán de exclusivo cargo del prestatario el pago de todos los impuestos y gastos del préstamo y de esta escritura, incluso la primera copia para la Entidad acreedora, así como los de su gestión ante la

Oficina Liquidadora del Impuesto e inscripción en el Registro de la Propiedad, y cancelación en su día, incluso los correspondientes a las escrituras previas a la presente, quedando autorizada la acreedora para determinar el profesional que deba realizar tales trámites; y los de cualquier modificación posterior del préstamo en su titularidad o garantías; y los judiciales o extrajudiciales para exigir el pago y cumplimiento de lo pactado, ya sean reclamaciones directas, tercerías, reconvenções u otros procedimientos, incluso los honorarios de Notario, Letrado y Procurador, si el acreedor los utilizara aún cuando no fueran legalmente necesarios (...)".

La cláusula QUINTA de la escritura del préstamo hipotecario de 25 de noviembre de 2016 tiene el siguiente tenor literal: "Serán de cuenta de la parte prestataria aquellos gastos o tributos que por disposición legal o reglamentaria no sena del Banco; entre estos y en especial, los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, modificación y ejecución de este contrato y por los pagos y reintegros derivados del mismo (...)".

Teniendo en cuenta el contenido de las cláusulas impugnadas debe traerse a colación lo indicado por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su reciente Sentencia de 25 de Abril de 2017 en la que indica que: "A la vista de la naturaleza de esta cláusula, en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, razonamos que el control sobre la falta de transparencia tiene sentido respecto de las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la adecuación entre las contraprestaciones, en la medida en que están excluidas del control de abusividad (de contenido) mientras estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva). Respecto del resto de las cláusulas, cumplidas las exigencias de transparencia del control de inclusión, «el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor".

Antes de analizar cada una de las obligaciones y gastos que conforman las cláusulas quintas de las escrituras de préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, es necesario indicar que no existe prueba alguna que acredite la existencia de negociación de dicha cláusula entre la entidad bancaria y la parte actora, correspondiendo dicha prueba a la entidad demandada ya que es esta la que tiene que acreditar que ha cumplido con sus obligaciones de negociación. La parte demandada junto con su escrito de contestación a la demanda presentó diversos documentos, si bien, ninguno de ellos acredita la existencia de negociación tanto del contenido como de las consecuencias económicas de las cláusulas quinta.

Esta Juzgadora no duda que la entidad bancaria haya informado a la parte actora de los gastos que tenía que pagar a fin de obtener el préstamo hipotecario que necesitaba, pero lo que también está claro que se trata de una obligación impuesta a la parte actora, no negociada y ahí, junto con el desequilibrio que causa a las partes, es donde radica su nulidad.

Es necesario tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 llama la atención sobre la generalidad y extensión de una cláusula semejante a la que es objeto de este procedimiento, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la contratación, declarándola nula por abusiva pues llega a suplir y en ocasiones a contravenir, las normas legales que contienen concretas previsiones al respecto. Además recientemente el Tribunal Supremo en fecha 15 de marzo de 2018, ha dictado dos sentencias sobre esta cuestión, en las que, partiendo de la falta de negociación individualizada, declaró abusiva la cláusula que carga sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación.

Debe recordarse que el control de abusividad viene a implicar una análisis doble, por un lado ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de la disposición adicional primera de LGDCU , hoy art. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que presupone querido por la norma legal supletoria.

En relación a dicho control de equidad el TJUE, ofrece cuales son las claves del concepto de "desequilibrio importante" siendo de destacar que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí sino en los "derechos y Obligaciones". Conforme a la doctrina Jurisprudencial de TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (sentencia TJUE de 13 marzo de 2013).

La existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que pueda resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en que ese consumidor se encuentra, como parte del contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicable, ya sea en forma de restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia TJUE de 16 enero de 2014).

Analizando la cláusula quinta del contrato suscritos por las partes, de la dicción de la cláusula se deduce, sin dificultad alguna, que

mediante las mismas se atribuye al prestatario la totalidad de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca y la de novación y ampliación llevan consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (o de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad(Notaria, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esa misma.

La generalización de las cláusulas es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que puedan devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca, gastos de tasación de inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento, además de cualquier otro coste.

El carácter omnicomprendido de la cláusula- el banco no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad. La cláusulas son nulas en su totalidad.

CUARTO.- En la acción individual que es la que aquí se ejercita, a diferencia de la acción colectiva, no solo se pretende un control abstracto de la cláusula desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, de modo que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en relación al concreto gasto a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo.

Por tanto, cuestión distinta es que, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, la abusividad de toda la cláusula y su consiguiente nulidad, suponga que todos los gastos e impuestos derivados de ese contrato de préstamo con garantía hipotecaria deban ser asumidos por la entidad bancaria, debiendo decidir como han de distribuirse entre las partes. Pero eso no afecta a la nulidad en sí de la cláusula contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Dicho lo anterior comenzaremos el examen detallado de cada una de los gastos y obligaciones contenidos en la cláusula quinta de los contratos de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 y en el de 25 de noviembre de 2016 que hayan conllevado una repercusión económica para el actor y cuya devolución se solicita:

La cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 tiene el siguiente tenor literal: "Serán de exclusivo cargo del prestatario el pago de todos los impuestos y gastos del préstamo y de esta escritura, incluso la primera copia para la Entidad acreedora, así como los de su gestión ante la Oficina Liquidadora del Impuesto e inscripción en el Registro de la Propiedad, y cancelación en su día, incluso los correspondientes a las escrituras previas a la presente, quedando autorizada la acreedora para determinar el profesional que deba realizar tales trámites; y los de cualquier modificación posterior del préstamo en su titularidad o garantías; y los judiciales o extrajudiciales para exigir el pago y cumplimiento de lo pactado, ya sean reclamaciones directas, tercerías, reconvencciones u otros procedimientos, incluso los honorarios de Notario, Letrado y Procurador, si el acreedor los utilizara aún cuando no fueran legalmente necesarios (...)"

La cláusula QUINTA de la escritura del préstamo hipotecario de 25 de noviembre de 2016 tiene el siguiente tenor literal: "Serán de cuenta de la parte prestataria aquellos gastos o tributos que por disposición legal o reglamentaria no sea del Banco; entre estos y en especial, los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, modificación y ejecución de este contrato y por los pagos y reintegros derivados del mismo (...)"

En consecuencia y en primer lugar las citadas cláusula atribuye a la parte prestataria la obligación de pago de **todos los gastos ocasionados por el otorgamiento de la escrituras**, incluyéndose dentro de dichos los gastos notariales, registrales y de gestión que son los recamados por la actora respecto de ambos préstamos.

Por lo que concierne a los **gastos notariales**, el artículo 63 del Reglamento del Notariado establece que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial.

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su Anexo II, la norma sexta establece que "La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente".

En este sentido, es conveniente matizar que no nos encontramos ante la existencia de un único negocio, sino que dicha unidad ha de romperse a favor de considerar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. Así, tal distinción resulta relevante a efectos de determinar qué gastos se derivan de cada uno de estos negocios, y a quién le corresponde su pago. Esta línea argumental es la que ha seguido la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 de 6 de julio de 2017 que establece que, *las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio*

constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base minutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.2º), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de la responsabilidad".

Así, por tanto, cuestión indispensable resulta determinar quién debe considerarse el requirente a efectos del pago de los gastos del notario, para lo cual, deberemos estar a lo dispuesto en el RD 1426/1989. De acuerdo con el artículo 147 III, es el banco quien presenta la minuta para que sea redactada por el notario, de acuerdo con el Reglamento notarial. Asimismo, el concepto de interesado en los términos del RD 1426/1989 es la propia entidad bancaria puesto que la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario no requiere de escritura pública (1258CC), y sobre la base de que la constitución de la hipoteca -motivo por el que se formaliza escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la propiedad (con sus gastos)-, a quien beneficia es al prestamista. Ello porque le permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3ºCC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1º Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado), sino también de acuerdo con las normas fiscales.

No obstante lo anterior, y siendo cierto que un préstamo no requiere de escritura pública, también lo es que el préstamo hipotecario que es el que solicita la parte prestataria sí que requiere ser formalizado en instrumento público. No debemos olvidar que la elección del préstamo hipotecario tiene una serie de ventajas también para el prestatario, en cuanto que el tipo de interés es más bajo que en los préstamos personales y el plazo de amortización del préstamo le va a permitir ajustar el pago de las cuotas a su capacidad económica.

La sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 determina que " *si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517*

LEC), constituye la garantía real (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."

Y continúa razonando el Alto Tribunal "la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista."; así pues el Tribunal Supremo se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiéndolo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista.

Ello ha quedado solventado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que, refiriéndose a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016, señalan que, "en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en las que están interesados tanto el consumidor - en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca- existe la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral".

Por tanto, esta Juzgadora considera conveniente cambiar el criterio que mantenía hasta este momento en virtud del cual consideraba que era la parte prestamista o entidad bancaria la que tenía que asumir la totalidad de los gastos o aranceles notariales pero el sentado por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara, por ejemplo en sus Sentencias 107/2018, 116/2018, 91/2018, entre otras, en las que dispone: "Pues bien, concluyendo que de la intervención notarial se benefician tanto la entidad prestamista como los consumidores-prestatarios en plano de igualdad, declarada la nulidad de la cláusula que imponía íntegramente el abono de los gastos derivados de dicha intervención al consumidor, y sin que podemos olvidar que el efecto de la cláusula declarada nula supone "el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula" (S. TJUE de 21 de diciembre de 2016), consideramos, pues, que ambas partes deben asumir por partes iguales el abono de los aranceles notariales. El hecho de expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el pleito, como alega la parte actora.

Así, los aranceles notariales que forman parte de la actuación ordinaria del Notario en la formalización de esta clase de operaciones serán satisfechos por las partes, por mitad. Por otra parte, el importe de las copias por quien lo solicite, y si no consta, deberán ser abonadas por mitad. Quedan exceptuados los importes abonados por el timbre de la matriz que son a cargo de los prestatarios, siendo a cargo de quien lo solicite el timbre de las copias".

Esta postura es la mantenida por el Pleno del Tribunal Supremo en sus recientes sentencias 46,47,48 y 49 de 23 de Enero de 2019 al establecer: " **TERCERO.- Gastos notariales**

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento".

QUINTO.- Con respecto a los **gastos registrales**, el RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava que, los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten.

Quien hace la solicitud de inscripción en el registro de la Propiedad es el Banco, siendo por tanto este, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

Como indica la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara* en su *Sentencia 107/2018* de 11 de junio: "La interpretación de estas normas muestra que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria tiene lugar a favor del prestamista, que es el titular del derecho de crédito garantizado por el derecho real, de suerte que en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario puede ejecutar la garantía. Por otra parte es también, es también el banco quien tiene interés en asegurar el derecho que se inscribe, pues la falta de inscripción no es que dificulte o impida la ejecución de la garantía, es que al ser constitutiva del derecho la inscripción registral, si falta no llega a nacer la hipoteca". Por tanto como es la entidad bancaria la que tiene interés en que nazca el derecho real de hipoteca es a ella a la que le corresponde el pago de los aranceles registrales.

Sobre esta cuestión y pese a lo indicado por la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara* en sus recientes sentencia del mes de junio de 2018 esta Juzgadora considera que, con absoluto respeto al criterio de dicho órgano, no debe variar el suyo.

Siguiendo el argumento muy acertado de la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017, lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

Por lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada, habiéndose confirmado esta decisión con las *Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019* en las que se indica: "**CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad**

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no

contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario".

En consecuencia, las cláusulas discutidas relativas a los gastos notariales y registrales, no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

Así, dicha cláusula aparece expresamente prevista en la ley como abusiva, y concretamente recogida en el art. 89.3 TRLGCU que establece que será nula "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario".

La conclusión de esta Juzgadora sigue las pautas jurisprudenciales de nuestro Alto Tribunal, que en Sentencia de 23 de Diciembre de 2015 estableció en su Fundamento de Derecho Quinto: "Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse

de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)".

SEXTO.- En cuanto a los **gastos de gestoría** existe el mismo problema que con los gastos de tasación y es que no existe norma, en defecto de pacto, que atribuya el pago de este gastos a una parte en concreto.

Con independencia que el inciso de la cláusula quinta que impone a la parte prestataria el pago de todos los gastos de gestión, que ya se ha analizado en el fundamento de derecho tercero de la presente resolución, sea nulo, hay que determinar a quien le corresponde el pago de los mismo, debiendo volver a acudir al concepto de "interesado" que es manejado durante la totalidad de la presente resolución.

Esta Juzgadora ha mantenido, hasta ahora, que era la entidad bancaria la que debe abonar los gastos de gestión porque es la interesada en la prestación de esos servicios, si bien debe variar su criterio, al estar de acuerdo, al establecido por la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara* en las Sentencias dictadas desde el mes de junio de 2018, estableciendo por ejemplo, en el *Fundamento de Derecho Séptimo* de la Sentencia 107/2018 de 11 de junio de 2018 lo siguiente: "Resulta pues, que en los servicios prestados por la gestoría en relación con el préstamo hipotecario están interesados ambas partes porque van encaminados al éxito de contrato y a realizar las gestiones necesarias para lograr la finalidad contractual perseguida, aunque sean de carácter técnico o burocrático a practicar ante federatario público y el registrador, siendo útiles para la constitución de la hipoteca y para la formalización del préstamo concedido, por lo que a diferencia de lo indicado en la sentencia, han de asumir el coste correspondiente por partes iguales, estimándose así en parte, el recurso de la entidad bancaria".

Por tanto los gastos de gestoría deberán ser abonados al 50% por la entidad prestamista y por la parte prestataria.

Este es además, el criterio sentado por el *Pleno del Tribunal Supremo* en sus recientes sentencias 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019 al afirmar: "**QUINTO.- Gastos de gestoría**

1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad".

SÉPTIMO.- En cuanto a los tributos derivados de las dos escrituras, 5 de octubre de 2006 y 25 de noviembre de 2016, este inciso de la cláusula impone al prestatario la obligación de sufragar el pago de los impuestos que por todos los conceptos se devenguen por razón del préstamo.

Esta redacción genérica de dicha cláusula que sin distinción alguna obliga al consumidor a hacerse cargo de cualesquiera impuestos y tributos sin tener en cuenta la distribución que de esta obligación hacen las normas legales o reglamentarias existentes, la hace merecedora -prima facie -, de la condición de abusiva al tenor de lo dispuesto en el artículo 89.3 c) TRLCGU. Este precepto resulta aplicable al presente supuesto aun cuando el texto legal se refiere en particular a este tipo de estipulaciones dentro de la compraventa de viviendas, pues como señala la STS 705/2015, "la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización de este precepto es acertada".

En su reciente **Sentencia 148/2018, de 15 de Marzo de 2018, el Tribunal Supremo** declara en el Fundamento de Derecho Quinto lo siguiente: "...Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del art. 89.3 c) TRLCGU, que en los contratos de compraventa de vivienda considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda".

Dicha **Sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018** indica en el Fundamento de derecho sexto: "1.- Conforme a todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso de casación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley

considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario.

2.- Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

3.- Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo. Aunque sí debería restituir el banco las cantidades cobradas por la expedición de las copias, cuando no se ajusten a lo antes indicado, este pronunciamiento no afecta al importe de las cantidades fijadas en la sentencia recurrida, pues más allá de su escasa incidencia económica, no se ha acreditado que, por el concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la demandante hubiera pagado alguna cantidad distinta a la correspondiente a la constitución del préstamo y haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial lo abonado por matriz y copias".

Finalmente en el Fallo la **Sentencia 148/2018, de 15 de Marzo de 2018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo** indica: "2.º- Casar en parte dicha sentencia en el sentido de establecer que:

(i) La cláusula litigiosa es nula por abusiva, al atribuir, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos al prestatario.

(ii) En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.

(iii) Confirmarla en todos sus demás pronunciamientos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido al efecto".

En consecuencia y acorde con la anterior sentencia del Tribunal Supremo y normas fiscales y tributarias aplicables el inciso de la cláusula quinta que atribuye al prestatario el pago de todos los tributos debe considerarse nulo por abusivo al atribuir indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los impuestos al prestatario, si bien respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, como es el presente caso, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario, por lo que no procede acordar la devolución de la cantidad abonada por dicho impuesto, al ser dicho pago acorde con la normativa legal y reglamentaria. La restitución del importe no procede por normativa y doctrina del Tribunal Supremo.

Además este criterio ha sido mantenido por las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre.

OCTAVO.- Igualmente la parte actora solicita la declaración de nulidad de las estipulaciones contenidas en el Pacto Tercero Bis.-

Determinación del tipo de interés variables (IRPH CAJAS y sustitutivo) que establecen y determina el cálculo de los intereses ordinarios a aplicar al capital prestado, en lo referente a la aplicación del índice de referencia **IRPH-CAJAS durante toda la vida del préstamo y el tipo sustitutivo CECA, interesando se acuerde la aplicación en su lugar del Euribor.**

En relación al análisis jurídico y jurisprudencial de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante IRPH), cabe indicar que la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada) habilitó al Banco de España para definir 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 (IRPH BANCOS). b) IRPH 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".

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("Ley 14/2013"), establece un régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia (Cajas y Bancos). La desaparición definitiva del IRPH -Cajas y del IRPH -Bancos se produjo el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH -Bancos fueron sustituidas, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.concedidos por las cajas de ahorro (IRPH CAJAS). c) concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH ENTIDADES).

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).

El anexo VIII de la Circular 5/94 de 22 de julio define el

La STS Sala Primera, de 14 de diciembre de 2017, resuelve en casación un caso que había conocido en primera instancia el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria y en segunda instancia la AP de Álava, sección Primera, en un supuesto de una particular frente a la entidad financiera KUTXABANK S.A. (antes Caja de Ahorros de Vitoria y Álava) En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del préstamo hipotecario de fecha 21 de septiembre de 2006, en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,50% al índice

oficial IRPH Entidades.; el tenor literal de la cláusula era: " el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN (de 0,5%) al 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 definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94". La cláusula establecía también que el tipo de interés sustitutivo era el IRPJ Cajas más un margen de 0.5 %.

La sentencia consideró nula, por abusiva, la cláusula por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice a los consumidores, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales, ofreciendo con carácter precontractual gráficos y simulaciones de esa comparativa, y, en especial, por no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables. La sentencia obligó a la entidad financiera a devolver las cantidades cobradas en aplicación del mismo. No se aplica como índice sustitutivo el EURIBOR, sino que se deja al préstamo sin intereses remuneratorios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia desestimando el recurso de apelación que la entidad financiera había interpuesto contra la misma y KUTXABANK recurre en casación ante el TS.

Lo primero que se recurre es que el IRPH, índice de referencia del tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo sea calificada como Condición General de la Contratación. A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1 LCGC para su calificación como condiciones generales de la contratación.

En este punto, el TS desestima el recurso al considerar que conforme al art. 1 LCGC Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación: " 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, 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".

Y el art. 3.2 de la Directiva 93/13, que incide en que la cláusula no se haya negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

Si bien, la referida STS de 14 de diciembre de 2017 señala, en lo referente al control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH, que la parte predisponente (la entidad financiera en el caso de autos) 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. 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 art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13 .

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, 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.

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores este índice esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, 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. Parece argumentar el TS en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no se aplica al objeto principal del contrato, sin tener en cuenta que este punto de la Directiva no se traspuso por la LCGC española de 13 de abril de 1998, no haciendo esta distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato para determinar la abusividad de las cláusulas: así el art. 8 señala que: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor".

Analizado bajo ese prisma, entiende el TS en esta resolución que, 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 supera el control de inclusión.

En cuanto al control de transparencia, se determinaba en las sentencias de primera y segunda instancia recurridas, que el mismo obligaba a la prestamista a: 1º explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; 2º poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y 3º ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Si bien, entiende el TS que estos requisitos no eran exigibles.

Pese a señalar que " 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".

Considera el TS que " 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 del contrato de préstamo".

[...] 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, en opinión del TS en esta resolución, 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.

Dice el TS que la SAP 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, 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.

Señala igualmente el TS en esta resolución que el TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato.

El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía 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 de 16 de noviembre de 2007), al exigir que: 1º se trate de un índice legal; y 2º 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.

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 prestatario, 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.

Si bien, en esta resolución se incluyó el **voto particular que formula D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.**

Señalando el voto particular que la STS, al realizar el control de transparencia del IRPH, no se ajusta a los criterios jurisprudenciales que el TJUE ha establecido, al considerar que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar el control de transparencia, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

1º: a través de la indicada reconducción del objeto del control de transparencia hacia conceptos o referencias más generales o descriptivos (remuneración del interés o fluctuación del interés cuando es variable).

2º «presumiendo» la comprensibilidad del prestatario, dando por sentado que un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables.

3º «invirtiendo» o «alterando» la carga de los deberes de información, al considerar que 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.

Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla la Directiva 93/13/CEE, si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH - Entidades, como índice que responde a una configuración propia y diferenciada respecto de otros índices de referencia de posible utilización, algunos de ellos más usuales en el momento de la contratación, como el índice Euribor, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, establecer el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.

Entendiendo Orduña Moreno que respuesta debe ser resuelta desde una valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional, como tal, y que van más allá de la mera referencia de este índice oficial y concluyendo en su voto particular que debería haberse estimado parcialmente el recurso de casación, declarando la abusividad de la cláusula y aplicando como índice de referencia al préstamo hipotecario, el Euribor (sin el diferencial del 0,5 % que se había pactado, tanto para el índice de referencia inicial como para el sustitutivo).

Ante las dudas suscitadas por la interpretación que de la Directiva Comunitaria 13/93 hace el TS en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 2017, en relación al control de transparencia de la cláusula IRPH, **por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, se plantea cuestión prejudicial ante el TJUE**, en un caso en que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula de IRPH Cajas (más un diferencial de 0,25 %), frente a BANKIA. El préstamo hipotecario se celebró en fecha 19 de julio de 2001 en ese momento con CAJA MADRID.

Tras realizar interesantes reflexiones sobre el funcionamiento del IRPH, en el Auto se indica: que el IRPH- Cajas es un índice de referencia de interés variable minoritario, puesto que tan sólo se utiliza en el 10% de los contratos de préstamo hipotecario en España, siendo el Euríbor, tipo interbancario en euros, el que se utiliza en casi el 90% restante. Asimismo explica que la utilización del IRPH-Cajas como referencia para el cálculo de los intereses

aplicables a dicho préstamo supone, de media, una diferencia de coste de entre 18.000 y 21.000 euros de más, para cada consumidor, con respecto al Euríbor.

Las cuestiones planteadas al TJUE son las siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN: EL índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13 , ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

SEGUNDA CUESTIÓN:

2.1 Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 , no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

2.2 En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH? (i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor. (ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

2.3 Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su derecho nacional, se pregunta al Tribunal; si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, art. 4.2 de la Directiva 93/13 o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH? Hubiera sido interesante plantear la cuestión, más que desde el planteamiento de la "conducta desleal" por parte de la Entidad Financiera que siempre conlleva un elemento subjetivo, difícil de probar, desde la perspectiva del "conflicto de intereses", más objetiva,

especialmente si se tiene en cuenta la capacidad que tenían las Entidades Financieras para "incidir" sobre el IRPH, según apunta la información transmitida por el Banco de España, (por no hablar abiertamente de "manipulación" de dicho índice) y por tanto cuanto más subía el IRPH mejor para el banco y peor para el cliente.

TERCERA CUESTIÓN : Si se declara la nulidad del IRPH cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 ? 3.1 La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, profesional. 3.2 Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.

En el seno del Procedimiento ante el TJUE para resolver la cuestión prejudicial planteada, la Comisión Europa realizó un escrito de alegados en fecha 31 de mayo de 2018. El informe de la Comisión tiene en cuenta, para analizar los datos económicos sobre el IRPH, las respuestas a las preguntas que se realizaron, al Banco De España, por escrito, al amparo del art. 381.1 LEC.

Con carácter previo a resolver las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial, la Comisión recuerda que el presente asunto versa sobre una cláusula esencial presente en un número elevado de contratos de préstamo hipotecario en España. Estos contratos son probablemente los contratos con más importancia económica y mayor repercusión social de entre los contratos de consumo, en la medida en que resultan clave para el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, reconocido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho que -como bien ha señalado el Tribunal- ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Directiva 93/133.

En segundo lugar y como señala el órgano jurisdiccional remitente en el propio auto de remisión, el litigio principal se plantea tras haber dictado sentencia el Tribunal Supremo (pleno de su sala de lo civil) en fecha 14 de diciembre de 2017, en relación con una cláusula muy similar a la del asunto que nos ocupa. Dicha sentencia, pese a interpretarse los preceptos de la Directiva 93/13 por un órgano jurisdiccional de última instancia, fue dictada sin plantear la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Señala también la Comisión, que la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, al ordenamiento español. Por ello, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Pues bien, en opinión de la Comisión, la elección del Reino de España de no incorporar al Derecho español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es conforme con el artículo 8 de la misma, que autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5.

De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales -aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato-, examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma.

Finalmente, **la STJUE de fecha 3 de marzo de 2020** señala que: "*Sobre la primera cuestión prejudicial. [...] 28 Si bien la primera cuestión prejudicial como tal se refiere al IRPH de las cajas de ahorros, para dar una respuesta útil al juzgado remitente procede entender que mediante aquella dicho juzgado pide que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda fuera del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios.*

29 Según el mencionado artículo 1, apartado 2, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13 . [...]

31 Tal exclusión requiere que concurren dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189 , apartado 78, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 28).

32 Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 26; de 10 de septiembre de 2014, Kuřionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 79, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 29 y 30).

33 En el caso de autos, de la descripción que hace el juzgado remitente de la normativa nacional aplicable al litigio principal se desprende que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»).

34 A este respecto, tal como observó en lo sustancial el Abogado General en los puntos 78 a 83 de sus conclusiones, resulta, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos. [...]

36 En consecuencia, la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. **Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.**

37 De ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el

contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)

38 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letra a), el juzgado remitente pide que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular su artículo 8, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los tribunales de un Estado miembro apliquen el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva con el fin de no examinar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual redactada de forma clara y comprensible y que se refiere al objeto principal del contrato cuando la segunda de las disposiciones citadas no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

39 No obstante, de las explicaciones incluidas en el auto de remisión sobre la segunda cuestión prejudicial se desprende que mediante la primera parte de esta cuestión el juzgado remitente se interroga más concretamente sobre la posibilidad de que un órgano judicial nacional pueda examinar, aun cuando no se haya transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al Derecho interno, si cláusulas como la controvertida cumplen la exigencia de transparencia preceptuado por dicha Directiva. [...]

43 Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 49).

44 Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 50).

45 Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas

en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309 , apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 41).

46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 , que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla«siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 71).

47 Procede pues responder a la segunda cuestión prejudicial, **letra a)**, que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2 , y 8 , debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c)

48 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2 , y 5 , debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

49 A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 a109 de sus conclusiones, **según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las**

condiciones redactadas de antemano por el profesional (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180 , apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 48).

50 De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2 , y 5 de la Directiva 93/13 , no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 44).

51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 51).

52 Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 , EU:C:2015:127 , apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 46). Más concretamente, incumbe al

juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 47 y jurisprudencia citada).

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

54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55 Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

56 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, **para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.** Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

57 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, y en defecto de pacto en contrario entre las partes, el juez nacional sustituya tal índice por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses.

58 Debe recordarse en primer lugar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 35; de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 52).

59 En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349,

apartado 73; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 53).

60 De este modo, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 , EU:C:2012:349 , apartado 69; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 79, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 54).

61 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18 , EU:C:2019:819 , apartado 48).

62 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 57).

63 Si, en una situación como la descrita en el apartado 58 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 83 y 84, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 58).

64 Por consiguiente, procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (véase, por analogía, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 59).

65 En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el **IRPH** de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013 , por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutivo en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato.

66 En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio.

67 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. [...]

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 1, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación

del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

En relación con el presente caso, debe partirse la consideración de esta cláusula como condición general de la contratación. Como ya ha manifestado en numerosas ocasiones el TS desde la STS de 9 de mayo de 2013 (referente a la cláusula suelo), los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor pero la LCGC no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it".

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada.

Aunque resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo o en la hipoteca multidivisa). En este sentido han resuelto tanto el TS como el TJUE. Y, no constando que en el caso de autos, fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad).

No se utilizó la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad a través de la difusión en los medios de comunicación de la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país, no obstante tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos hallamos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa, no considerada válida como información precontractual o contractual por pacífica jurisprudencia, ya que se obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras, sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato.

Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado.

El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato.

Para cumplir con esta exigencia de información el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (en un supuesto de hipoteca multidivisa), con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el deber del profesional de proporcionar los posibles escenarios que comporte la aplicación de dichos mecanismos.

En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado,

tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, cabe destacar que desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR.

Además se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos.

Asimismo, y desde el punto de vista de la publicidad que solía acompañar la utilización de este índice de referencia, cabe destacar que era habitual publicitar el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor, por lo que también parece razonable, en opinión de esta Juzgadora que debe exigirse a la entidad financiera, haber facilitado con carácter precontractual la exhibición de las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a los efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, así como la realización de simulaciones en diferentes contextos alcistas y bajistas de cada uno de los índices de referencia, a los efectos de que el consumidor pudiera tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a uno u otro índice de referencia.

Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que debería determinar por parte de la entidad financiera un plus de información

y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial del contrato.

Añadiéndose un plus en la transparencia para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva. Es decir, el nivel de protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/CEE.

Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Recordemos que en el presente caso la única prueba que existe es la documental por reproducida ya que la entidad bancaria no pudo facilitar datos de la persona que comercializó el préstamo para que depusiera como testigo y la respuesta de la AEAT tampoco es relevante al objeto debatido.

En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020.

NOVENO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad establece el artículo 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dice el artículo 10.1 LCGC 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”*. La declaración de nulidad del Pacto Tercero Bis.- Determinación del tipo de interés variable, en lo relativo a la determinación del IRPH-Cajas y en lo relativo a la determinación del índice de referencia sustitutivo, y de la CLÁUSULA QUINTA de los contratos de préstamo hipotecario de 5 de octubre de

2006 y 25 de noviembre de 2016 no impiden que el contrato surta efecto. En consecuencia han de ser suprimidas de los contratos en la forma que se indicará en el Fallo de la presente resolución.

Respecto a los efectos de la apreciación de nulidad las SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 14 de Junio de 2010, asunto 618/10, se opone cuando se declare la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor a la facultad de integrar dicho contrato modificado en el contenido de la cláusula abusiva. Doctrina consolidada por medio de STJUE de 30 de Mayo de 2013 en cuanto establece que no debe moderarse el contenido de la cláusula abusiva, debiendo subsistir el contrato *"...sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas"*. En este mismo orden de cosas es de señalar el efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario de obligado cumplimiento para el juez nacional. La STJUE de 26 de Febrero de 2013 en el asunto C-617/2010 decreta que: *"Por lo que respecta, en segundo lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal 106/77 Rec.p.629 apartados 21 y 24; 19 de Noviembre de 2009, Filipiak C-314/08, Rec.p I-11049 apartado 81 y de 22 de Junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec.p I-5667, apartado 43"*. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 265/2015 de 22 de Abril al decir que: *"la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor"*. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 26 de Enero de 2017. Por todo ello se debe suprimir las cláusulas quinta que se han declarado abusivas sin poder integrarlos o moderarlos.

A la vista del artículo 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que lo ordena incluso tratándose el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación de condiciones generales, procede acordar la remisión al Registro de Condiciones Generales de la Contratación mandamiento para la inscripción de esta sentencia si alcanza firmeza.

Tales declaraciones, aunque no hayan sido pedidas por la parte demandante, que sí las ha solicitado en este procedimiento, son obligadas por disposición de los mencionados artículos 9.2 y 22 LCGC, por lo que han de incluirse en el fallo aunque no haya

solicitud expresa, sin que ello suponga incongruencia *extra petita* pues se trata del cumplimiento de deberes legales dispuesto de forma imperativa.

Como efecto de la declaración de nulidad de las CLÁUSULA QUINTA de las escrituras de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 y 25 de noviembre de 2016, la entidad demandada deberá reintegrar lo indebidamente abonado por aplicar dichas cláusulas, su interés legal desde su abono conforme a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil hasta la fecha de esta sentencia. Además, el total que resulte de sumar ambas cantidades, devengará interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.

En este sentido, la consecuencia inmediata es, con respecto de aquellas cláusulas que no hayan originado ningún desembolso por el prestatario, la eliminación de las mismas por la entidad financiera lo que impediría que pudiera hacer uso de ellas en un futuro. Y con respecto a las cláusulas declaradas nulas que sí hayan originado algún desembolso al prestatario, además de la eliminación de las mismas por la entidad financiera, llevarán consigo como efecto inherente, la devolución de las cantidades desembolsadas por el prestatario, siempre que dicho desembolso haya sido acreditado.

Efectivamente, en relación con estas últimas, su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, "*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*". Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo. De la misma forma que el examen de la posible abusividad de las cláusulas contractuales debe llevarse a cabo de oficio por el órgano judicial, las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, en cuanto derivadas de la Ley, han de ser también aplicadas por el órgano judicial, con independencia que en el suplico de la demanda no se haya formulado reclamación de cantidad por este concepto.

Así, podría considerarse la imposibilidad material de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1303 CC, tal y como alega la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, dado que los gastos desembolsados por la parte actora no han sido percibidos por la entidad bancaria sino por otros profesionales. La hipotética aceptación de la tesis, se configuraría como una suerte de hecho de naturaleza impeditiva, que supondría otorgar carta de naturaleza a la vulneración oblicua del mandato del legislador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 CC, se contemplan distintos criterios interpretativos con la finalidad última de que

la voluntad del legislador no pueda verse vulnerada como consecuencia de análisis demasitados formalistas.

En este caso en concreto, se trata de dilucidar si los gastos efectuados por el prestatario por la aplicación de la cláusula impugnada debieron hacerse; es decir, si esa minoración sufrida en el patrimonio del prestatario era ajustada a derecho, o si por el contrario, dio lugar a un correlativo enriquecimiento injusto del patrimonio de la entidad financiera. La consecuencia lógico-jurídico inmediata que se produce como consecuencia de una eventual declaración judicial de nulidad es la restitución de las esferas patrimoniales a su situación inicial y el medio más idóneo para ello, directo, conciso y respetuoso con los postulados del legislador y con una arraigada interpretación jurisprudencial, es la devolución por parte del demandado de las cantidades establecidas. Por tanto, en el caso de declaración judicial de nulidad y consiguiente devolución de cantidades, la entidad financiera no estaría, sino, devolviendo aquéllas cantidades que debió satisfacer en su momento y que fueron desembolsadas por el prestatario, volviendo ambas esferas patrimoniales a aquélla situación de hecho inicial que no debió verse alterada por la aplicación de una determinada cláusula que era nula.

En este sentido, los gastos sufragados por la parte actora derivados de la escritura de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006, y que deben ser reembolsados por la parte demandada ascienden a las siguientes cantidades:

- 257,13€ de los aranceles notariales, documento nº 3 de la demanda.

El documento nº 3, factura del Notario, de la demanda es por importe de 522,48€ si bien dicha cantidad no es imputable en su totalidad a la entidad bancaria. Así lo ha declarado el **Tribunal Supremo en su reciente sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018** en el apartado c) del punto (ii) de su Fallo: "*c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite*". Por tanto, los aranceles notariales que forman parte de la actuación ordinaria del Notario en la formalización del préstamo hipotecario serán satisfechas por las partes por mitad. El importe de las copias por quien las solicite y si no consta, deberán ser abonadas por mitad. Los importes abonados por el timbre de la matriz son a cargo del prestatario salvo que exista un pacto entre las partes sobre la distribuciones de los gastos notariales y registrales. En el presente caso, el documento nº 3 de la demanda indica que se expidieron 3 copias simples y una autorizada si bien no distingue el importe de cada una de las categorías razón por la

cual dicha cantidad debe ser abonada por ambas partes. La parte prestataria sí que tiene que abonar los 8,22€ correspondientes al timbre matriz, norma 8ª. El resto del importe, 514,27€, tiene que ser abonado por mitad, por ambas partes. En consecuencia, la entidad bancaria demandada tiene que abonar la cantidad de 257,13€.

- 142,53€ de los aranceles registrales, documento nº 2 de la demanda.
- 284,20€ del 50% de los gastos de gestión, documento nº 5 de la demanda.
- Total: 683,86€.

Además, los gastos sufragados por la parte actora derivados de la escritura de préstamo hipotecario de 25 de noviembre de 2016, y que deben ser reembolsados por la parte demandada ascienden a las siguientes cantidades:

- 629,22€ de los aranceles notariales, documento nº 8 de la demanda.

El documento nº 8, factura del Notario, de la demanda es por importe de 1.164,41€ si bien dicha cantidad no es imputable en su totalidad a la entidad bancaria. Así lo ha declarado el **Tribunal Supremo en su reciente sentencia 148/2018 de 15 de marzo de 2018** en el apartado c) del punto (ii) de su Fallo: "*c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite*". Por tanto, los aranceles notariales que forman parte de la actuación ordinaria del Notario en la formalización del préstamo hipotecario serán satisfechas por las partes por mitad. El importe de las copias por quien las solicite y si no consta, deberán ser abonadas por mitad. Los importes abonados por el timbre de la matriz son a cargo del prestatario salvo que exista un pacto entre las partes sobre la distribuciones de los gastos notariales y registrales. En el presente caso, el documento nº 8 de la demanda indica que se expidió una copia autorizada por importe de 114,19€, debiendo abonar la entidad demandada ese importe ya que la copia autorizada le permite obtener título con fuerza ejecutiva. Por su parte, el prestatario tiene que abonar los 20,13€ correspondientes al timbre matriz y autorizadas. El resto del importe, 1.030,12€, tiene que ser abonado por mitad, por ambas partes. En consecuencia, la entidad bancaria demandada tiene que abonar la cantidad de 629,22€ (515,06€ más 114,19€ de la copia autorizada).

- 250,83€ de los aranceles registrales, documento nº 7 de la demanda.

- 193,60€ del 50% de los gastos de gestión, documento nº 10 de la demanda.
- Total: 1.073,62€.

Tales documentos no fueron impugnados con la eficacia probatoria que ello conlleva.

Por tanto, tales cantidades deberán ser abonados por la entidad demandada a la parte actora cantidad que se verá incrementada con los intereses legales que correspondan desde su abono conforme a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil hasta la fecha de esta sentencia. Además, el total que resulte de sumar ambas cantidades devengará interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.

Por lo que se refiere a las consecuencias de la declaración de nulidad del tipo de referencia IRPH-Cajas, conforme artículo 6.1 de la Directiva 93/13, cabe destacar que el interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor.

No obstante, y por otra parte, también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC, artículo 83 TRLGCU , artículo 1303 del Código Civil y el principio de no vinculación en absoluto al consumidor de las cláusulas declaradas nulas por abusivas ex artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, conforme con el artículo 7 de la Directiva 93/13.

En lo referente a las consecuencias de esa declaración de nulidad cabe indicar que, en opinión de esta Juzgadora, y con base en la citada resolución del TJUE, por un lado, la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso. Por otra parte, la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor en los términos antes analizados.

En atención a lo expuesto procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR más el diferencial del 0,40 (dicho diferencial se indica en la propia escritura), condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses

devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, préstamo hipotecario que en el presente caso ya se encuentra cancelado, utilizando como índice de referencia el EURIBOR más el diferencial del 0,40 y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción.

Igualmente desde el dictado de la presente resolución será de aplicación el artículo 576 de la LEC.

DÉCIMO PRIMERO.- En materia de costas y teniendo en cuenta el principio de vencimiento objetivo regulado en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la estimación parcial de la demanda, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

1.- No se realiza pronunciamiento alguno sobre la cuantía del procedimiento, quedando diferida su determinación dentro del ámbito de la tasación de costas, en su caso.

2.- ESTIMAR parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA DOÑA y contra la entidad BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A

3.- DECLARAR de la cláusula de IRPH-CAJAS y de su índice sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020, contenidas en el Pacto Tercero Bis.- Determinación del Tipo de interés variable de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 5 de octubre de 2006 y en consecuencia, **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a la entidad demandada a eliminar dichas cláusulas, al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario y hasta la fecha de su cancelación, utilizando como índice de referencia el EURIBOR más el diferencial del 0,40 y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción. Igualmente desde el dictado de la presente resolución será de aplicación el artículo 576 de la LEC.

4.- DECLARAR la nulidad por abusiva de la CLÁUSULA QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario de 5 de octubre de 2006 **CONDENANDO** a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y a devolver a la

actora la cantidad de SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES EUROS CON OCHENTA Y SEIS CÉNTIMOS DE EURO (683,86€), más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la prestataria. Asimismo, dicha cantidad, devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

5.- DECLARAR la nulidad por abusiva de la CLÁUSULA QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario de 25 de noviembre de 2016 **CONDENANDO** a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula y a devolver a la actora la cantidad de MIL SETENTA Y TRES EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO (1.073,65€), más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la prestataria. Asimismo, dicha cantidad, devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

6. - NO CONDENAR en costas a la ninguna de las partes.

Una vez firme la presente resolución remítase mandamiento al Registro de Condiciones Generales para la inscripción de esta sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Guadalajara (artículo 455.1 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.