

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 7 DE BILBAO BILBOKO LEHEN
AUZIALDIKO 7 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR, 10-4ª planta - CP./PK: 48001

TEL.: 94-4016679 FAX: 94-4016980 NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/013812

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.42.1-2017/0013812

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 505/2017 - M

S E N T E N C I A N.º 163/2020

MAGISTRADA QUE LA DICTA: D.ª MARIA EUGENIA VIGURI ARRIBAS

Lugar: Bilbao

Fecha: tres de setiembre de dos mil veinte

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: D. JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ

Procuradora: D.ª VIRGINIA TEJERINA BADIOLA

PARTE DEMANDADA: KUTXABANK S.A.

Abogada: D.ª MIREN ITZIAR SANTAMARIA IRIZAR

Procuradora: D.ª IRATXE PEREZ SARACHAGA

OBJETO DEL JUICIO: CONTRATOS EN GENERAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29.05.2017 tuvo entrada en el Decanato demanda de juicio ordinario, promovida por la parte antes reseñada, solicitando que, tras los trámites legales, se dicte sentencia por la que:

Se tengan por nulas y no desplieguen ningún efecto:

1º La cláusula Tercera Bis de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se aportan como documento nº 1 y documento nº 2.

2º La cláusula Quinta de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se aportan como documento nº 1 y documento nº 2.

3º La cláusula Sexta Bis de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se aportan como documento nº 1 y documento nº 2, la retirada de las causas de resolución anticipada, en lo que concierne a los apartados a) y b), en los que se recoge como causas de resolución anticipada incumplimientos que no revisten carácter esencial.

Y que como consecuencia inherente a la declaración de nulidad:

1º La demandada le reintegre cuantas cantidades detrajo en aplicación de la cláusula Tercera Bis de ambos contratos, y le abone igualmente cuantos gastos le supusieron la constitución de la hipoteca, tanto en concepto de aranceles notariales, como de aranceles registrales, gastos de gestoría y tramitación, de ambos contratos.

2º El préstamo continúe su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas sin modulación de las mismas, pues la posibilidad de modulación únicamente es admitida por el TJUE en los supuestos en que la expulsión de cláusulas declaradas abusivas suponga la resolución del contrato y ello opere en perjuicio del consumidor, y sin olvidar el interés en disuadir a los profesionales en el uso de tales cláusulas, siempre con el objetivo final, recogido en el propio Tratado, de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos de la UE.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto, se emplazó a la parte demandada para que la contestara, lo que efectuó el 27.07.2017, solicitando se dicte sentencia en la que se le tenga

- por allanada a la petición referida a la nulidad de las cláusulas quinta y sexta bis de la escritura de préstamo hipotecario.

- por opuesta a la petición referida a

-- la solicitud de nulidad de la cláusula tercera bis donde se prevé que el tipo de interés se referenciaría al IRPH Entidades

-- así como a la referida al pago al demandante de las cantidades que reclama como compensación por las cantidades que pagó en concepto de gastos notariales, registrales y de gestoría, y por el impuesto de actos jurídicos documentados, devengados por el otorgamiento e inscripción registral de la escritura en la que se formalizó el precitado contrato de subrogación y de préstamo hipotecario.

TERCERO.- En la audiencia previa, la demandada aclaró y completó el suplico de su contestación, precisando que

- se opone a la declaración de nulidad de las cláusulas Tercera Bis, Quinta y Sexta Bis del préstamo suscrito con fecha 30.08.2005.

- se allana a la nulidad de las cláusulas Quinta y Sexta Bis del préstamo otorgado el 15.05.2006, si bien se opone a la devolución de la cantidad correspondiente a los gastos, que además no se ha concretado, y se opone asimismo a la declaración de nulidad de la cláusula Tercera Bis, y a la devolución de cantidad alguna en relación con esta última estipulación.

No habiendo conformidad de las partes sobre los hechos, se procedió a la proposición de prueba; la demandante propuso documental y testifical; la demandada, documental.

CUARTO.- En el acto del juicio se practicaron las pruebas admitidas y no renunciadas con el resultado que obra en autos. En el trámite de conclusiones la parte actora ratificó su demanda al considerar probados los hechos que son fundamento de sus pretensiones; la demandada, por el contrario, solicitó resolución en los términos recogidos en su escrito de contestación, quedando los autos vistos para sentencia o pendientes de auto de suspensión hasta el dictado de sentencia por el TJUE.

QUINTO.- Por providencia de 13.05.2020, habiéndose dictado sentencia por el TJUE en fecha 03.03.2020, se concedió a las partes el plazo de 10 días a fin de alegar lo que a su derecho conviniera sobre la aplicación del índice de referencia y determinar en su caso lo procedente, habiendo presentado ambas partes escritos evacuando el traslado conferido.

SEXTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, no así el plazo para dictar sentencia, por la existencia de otros pendientes de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

Expone el demandante que sus padres, en representación de esta parte, suscribieron con la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (ahora Kutxabank)

* el 30.08.2005 contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 112.500 €, para un plazo de 20 años (240 cuotas).

* el 15.05.2006 contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 216.000 €, para un plazo de 30 años (360 cuotas).

Entiende que, en ambos contratos, la Cláusula Tercera Bis, rotulada “Tipo de interés variable”, la Cláusula Quinta titulada “Gastos a cargo de la parte prestataria” y los apartados a) y b) de la Cláusula Sexta Bis son nulas por abusivas a tenor de la Directiva 93/13/CEE y de la jurisprudencia, tanto del TJUE como del Tribunal Supremo.

Se extiende sobre

/ La cláusula tercera bis de los contratos mencionados.

Los tipos medios hipotecarios (IRPH) y sus especiales peculiaridades:

-El IRPH no es un tipo de interés, es un indicador de costes.

-El IRPH siempre opera por encima del resto de índices.

-Referir el préstamo a IRPH supone duplicar pagos.

-El Banco de España obliga a realizar un ajuste del IRPH.

-El IRPH es influenciado por las entidades.

-El IRPH es un tipo residual en el mercado hipotecario.

Los tipos medios hipotecarios (IRPH): su condición de tipos oficiales y el control del Banco de España.

/ La cláusula quinta, referida a los gastos a cargo de la parte prestataria. La reputa abusiva, y por tanto nula, por imponer a la parte prestataria “todos los gastos presentes y futuros que se deriven del contrato”. Cita los artículos 1.280 del Código Civil; 50, 51 y 314 del Código de Comercio; 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; la Norma Octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de Registradores de la Propiedad; y el artículo 89.3º del TRLGDCU.

/ La cláusula sexta bis, referida al vencimiento anticipado. Aprecia en la literalidad de la redacción de esta cláusula una auténtica desproporción de derechos y deberes entre las partes contratantes en perjuicio del consumidor. Artículos 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y 82.1 del TRLGDCU.

Argumenta en relación

- con su condición de consumidor y con la protección constitucional y legal que de esa condición se deriva. Recalca que ninguna duda cabe al respecto, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional.
- con la consideración de condiciones generales de la contratación de las cláusulas cuya abusividad se invoca. Art. 1 de la Ley 7/98, de Condiciones Generales de la Contratación.
- con el carácter no negociado de las cláusulas cuya abusividad se invoca. Artículos 3.2 de la Directiva 93/13/CEE y 82.2 del TRLGDCU.
- con el primer control de transparencia al que se somete la cláusula referida a los índices IRPH, que no lo supera. Arts. 5.5 y 7 de la LCGC y O.M de 5 de mayo de 1994, vigente hasta el 29.04.2012, momento en el que entró en vigor la O.M. 2899/2011. Subraya que no se le entregó folleto informativo (art. 3 O.M. de 05.05.1994) ni oferta vinculante alguna, salvo que se encontrara entre los varios documentos que se le pusieron a la firma en la Notaría, en cuyo caso, y de ser así, no se les entregó copia alguna. Resalta
- > la exigencia de que la cláusula (apartado a) del punto 2 del Anexo de la O.M. 5/94 recoja la definición del índice, el organismo público o asociación privada que lo elabora y la periodicidad y forma en que se publica; sostiene que solo se nombra (no se define) e informa de quien lo publica.
- > la ausencia de mecanismos de ajuste o conversión de los índices para desconectar el efecto TAE (apartado b) del punto 2 del Anexo de la O.M. 5/94 y Circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio.)
- con el segundo control de transparencia al que se somete la cláusula referida a los índices IRPH, que no lo supera. La demandada debió realizar simulaciones, referidos a diferentes valores y a otros índices igualmente oficiales. Art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. Anexo VII de la Circular 8/1990, de 7 de setiembre del Banco de España. Enfatiza que la demandada ni le informó del último valor de IRPH Entidades, ni de su evolución al menos los dos años anteriores, ni de su valor TAE y su presumible evolución en el medio plazo, ni tampoco de que su tipo de interés llevaba incorporada una media de las comisiones, a las que habrían de sumarse las suyas propias, lo que significa (a su entender) un nuevo incumplimiento de una norma de carácter imperativo.

Se allana la demandada a la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario del 15.05.2006, en la que se estableció que todos los gastos e impuestos derivados del contrato serían a cargo de la parte prestataria. No así a la solicitud de la nulidad de la cláusula quinta establecida en el contrato del préstamo hipotecario de 30.08.2005. Precisa que el allanamiento se refiere exclusivamente a la nulidad de la cláusula y a su desaparición del contrato, pero no a los efectos de esa nulidad, dado que se opone al reintegro al demandante de las cantidades que

pagaron en concepto de gastos de tasación de la finca ofrecida en garantía y los notariales, registrales, de gestoría e impuestos

Se allana a la nulidad de los apartados a) y b) de la cláusula sexta bis de la escritura de préstamo hipotecario del 15.05.2006 -no así a la establecida en el contrato del préstamo hipotecario de 30.08.2005- en la que se estableció como causa de vencimiento anticipado el incumplimiento de cualquier obligación y el impago de alguna de las cuotas a cargo de la parte prestataria.

Se opondrá al resto de lo solicitado:

- nulidad de las cláusulas tercera bis, quinta y sexta bis del préstamo otorgado el 30.08.2005.

- nulidad de la cláusula tercera bis del préstamo otorgado el 15.05.2006 (IRPH).

- pago al demandante de las cantidades que reclama como compensación por las cantidades que pagó en concepto de gastos.

Afirma que el préstamo con garantía hipotecaria de 30.08.2005 era el tercero que firmaba el demandante con esta parte. Señala que la finalidad de dicho préstamo era la refinanciación de dos deudas que tenía con esta parte:

- >la primera consistía en un préstamo con un principal pendiente de 79.165,71 €, que solicitó en abril de 2002 para entrar en la sociedad que reseña, en la que empezaría a trabajar.

- >la segunda era una cuenta de crédito, para gestión de tesorería de la empresa de transportes de la cual era socio formalizada en octubre de 2002 por 60.000 €.

En consecuencia, asevera que se trata de una operación concedida al demandante en su condición de profesional y no de consumidor (consumo privado o familiar), por lo que se sostiene no es de aplicación la legislación protectora de los consumidores y usuarios invocada de contrario.

En cuanto a la cláusula de gastos, mantiene que el pago de dichos gastos e impuestos fue fruto de un acuerdo expreso, negociado y en absoluto sorpresivo o desconocido para el demandante, ya que era y es práctica habitual en el mercado financiero y no entra en conflicto con ninguna norma sustantiva o fiscal. Admite que puede ser nula, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 23.12.2015 por estar redactada en términos excesivamente genéricos y omnicomprendidos. Sin embargo, considera que la nulidad de la cláusula de ambos contratos no conlleva la obligación de esta parte de asumir como propios los gastos abonados de contrario.

Manifiesta que las concretas condiciones financieras de ambos contratos fueron negociadas entre las partes y una vez acordadas entre clientes y entidad se incorporaron a una Oferta Vinculante que se entregó a los clientes y conforme a la cual el Notario redactó la escritura en que se instrumentó el contrato.

Sostiene que la cláusula tercera bis es clara, concreta, sencilla y transparente, y que permitió a los actores conocer que el tipo de interés variable del préstamo sería igual al índice oficial IRPH

Entidades y que éste refleja en cada momento el coste medio de financiación hipotecaria para compra de vivienda en el Conjunto de Entidades de Crédito.

Apunta que la referencia al IRPH es una de las más utilizadas por las Entidades Financieras españolas en sus operaciones de préstamo hipotecario. Añade que son referencias oficiales, recomendadas por el Banco de España, que las publica en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 48 de la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Y que cumplen los requisitos legales: art. 6.2 de la Orden de 05.05.1994 y apartado 7 de la Norma Sexta de la Circular 8/1990 y posteriormente Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012 del Banco de España.

Señala que

- la forma de calcular el IRPH Entidades no es opaca en absoluto, sino que es transparente
- el hecho de que el descenso del Euribor no haya sido seguido en igual forma por el IRPH no se debe a que este índice esté manipulado, sino a que opera en mercados diferentes
- no es cierto que el IRPH haya experimentado continuos incrementos.
- el IRPH no solo va a continuar en vigor como índice oficial, sino que servirá además como tipo de interés sustitutivo para aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan y que no tengan previsto en su clausulado otro índice sustitutivo aplicable. Art. 3 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- No se aprecia ningún desequilibrio en la utilización como referencia del tipo de interés aplicable a un préstamo hipotecario, de un tipo oficial como el IRPH Entidades. Recuerda que el tipo de interés de un préstamo constituye el precio de la operación; lo que la demandante persigue es modificar a posteriori el precio de un contrato plenamente válido, que consintió, con el único argumento de que hubiera sido más barato si se hubiera referenciado a otro índice no oficial.

Argumenta sobre

- * la no condición de consumidor del demandante. Arts. 2 de la Directiva 93/13; 82.1 de la LCU y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- * la acción de nulidad, por abusiva, de la cláusula tercera bis del contrato, en la que se pactó que el tipo de interés variable estaría referenciado al IRPH Entidades.
- > sobre el carácter de índice de referencia oficial del IRPH. Apartado 3 de la Norma Sexta bis de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Art. 27 de la Orden EHA82899/2011. Art. 3 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- > sobre el carácter negociado del contenido de la cláusula en la que se pacta el tipo de interés del préstamo.

- > sobre la improcedencia del ejercicio de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación sobre el contenido de disposiciones normativas de carácter imperativo. Circulares 8/1990 y 5/2012. Art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Art. 4 de la Ley 7/1998.
- > sobre la imposibilidad de realizar un control de abusividad sobre el contenido del tipo de interés como elemento integrante del objeto principal del contrato. Art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.
- > sobre los controles de inclusión y transparencia aplicados a la cláusula tercera bis del contrato. Arts. 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Art. 27.1.a) Orden EHA/2899/2011. Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de setiembre.
- > la conclusión de validez y no abusividad del índice de referencia oficial IRPH Entidades.
- * la petición de reintegro de los gastos e impuestos pagados por la parte demandante. No indicar en la demanda los gastos que habría satisfecho el demandante, remitiéndose a la ejecución de sentencia, vulnera el art. 219 LEC. Arts. 1.255, 1.261, 1.091, 1.068 y 1.875 CC. Norma Sexta del Anexo II del Arancel de los Notarios (R.D. 1.426/1989).

SEGUNDO.- Contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 15.05.2006 (Doc nº 2. Fs. 109 a 154).

1º La cláusula Tercera Bis. Tipo de interés variable. (Fs. 118 a 121).

* Normativa y doctrina.

La sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil en Pleno, Nº de Recurso: 1394/2016 Nº de Resolución: 669/2017, de fecha 14/12/2017, Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, argumentó sobre los intereses remuneratorios: precio del negocio, sistemas en el mercado bancario y financiero (interés fijo e interés variable), cálculo del interés variable: elemento temporal y parámetros de cálculo. El tipo de referencia IRPH: índice definido regulado legalmente, evolución normativa. Transparencia y asimetría informativa en la determinación de los índices. Control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH: control de su legalidad por la Administración Pública (ámbito ajeno al orden jurisdiccional civil). El IRPH como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la protección del consumidor, solamente puede controlarse que la condición general por la que se incluye esté redactada de un modo claro y comprensible. Y se expresó del siguiente modo:

“CUARTO.- Los préstamos bancarios a tipo variable. Tipos de referencia

1.- Los intereses remuneratorios del préstamo, objeto de pacto conforme a los arts. 1755 CC y 315 CCom, constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia,

sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación.

En el mercado bancario y financiero se utilizan dos sistemas de determinación del tipo de interés remuneratorio: el interés nominal fijo, que suele ser un porcentaje, y el interés variable.

El tipo fijo tiene la ventaja de establecer el contenido contractual desde el inicio de la relación hasta su finalización y, por tanto, ofrece una mayor previsibilidad, en comparación con el interés variable, sobre la cantidad total a satisfacer en concepto de intereses remuneratorios. Por el contrario, al ser inmune a la fluctuación de los tipos de interés, puede acabar perjudicando a una u otra parte.

Para contrarrestar este riesgo, se utiliza el interés variable, frecuente en las operaciones a largo plazo, a fin de acomodar la ejecución del préstamo a las oscilaciones del precio del dinero. Para ajustar el interés a los niveles del mercado, la duración total del contrato se divide en períodos (usualmente múltiplos de mes), en cada uno de los cuales se aplica el tipo resultante de las condiciones pactadas (sentencia de esta sala de 26 de noviembre de 1996, ROJ: STS 6680/1996).

2.- En el cálculo del interés variable se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato. El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo. El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euribor o el ahora cuestionado IRPH); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen. Lo que parece que en este caso no se ha tenido suficientemente en cuenta, como veremos más adelante. Respecto a los tipos de referencia, cuando el prestatario es consumidor, el art. 85.3 TRLGCU permite las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés cuando se encuentren adaptados a un índice, «siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna».

No obstante, ha de repararse en que el contrato de préstamo objeto de litigio se celebró con anterioridad a la promulgación del TRLGCU, por lo que no sería aplicable el mencionado art. 85.3, sino la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, de igual contenido que el precepto actual.

QUINTO.- El tipo de referencia IRPH

1.- Respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) como tipo de referencia, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el

contrato) habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

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

En concreto, se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH -Bancos), las cajas de ahorros (IRPH -Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH -Entidades).

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

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

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

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

5.- En particular, el art. 6 de la OM de 5 de mayo de 1994 establecía lo siguiente en sus apartados 2 y 3 respecto de los tipos de interés variable: «2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden.» A su vez, la cláusula 3 bis del anexo II de la Orden establecía:

«3. bis. Tipo de interés variable.

1. Definición del tipo de interés aplicable.-Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

a) Como suma de: Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto. El tipo de interés de referencia.

b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.»

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

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

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

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

2.- En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El 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. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: «(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión

«disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

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

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

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los

elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

5.- Analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH -Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida.

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

En la antes citada sentencia 367/2017, de 8 de junio , así como en la 593/2017, de 7 de noviembre , definimos el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir: «4.- [...]demás del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

»5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

7.- En las sentencias del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo , y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14), nos hemos referido a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo

de referencia variable más el diferencial pactados. Y concluíamos en la segunda de las resoluciones pactadas:

«Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

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

8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH -Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa:

«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los

años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

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

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

El TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato. Así, en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C- 186/16 (caso Andriuc) dijo:

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

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

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

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

11.- El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y

(ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

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

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

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

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

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

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

Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios. De hecho, por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor.

14.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el segundo motivo de casación debe ser estimado, porque la cláusula controvertida superaba el control de transparencia. Y al no apreciarlo así, la Audiencia Provincial infringe los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Lo que le lleva, no solo a anular y expulsar del contrato la cláusula de interés remuneratorio, sino incluso a dejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0,50%), como si se tratara de un préstamo usurario.”

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18, en la que se da respuesta a las cuestiones prejudiciales elevadas por Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, en el contexto de un litigio entre un consumidor y una entidad financiera en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio (IRPH) recogida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes, ha declarado:

“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.”

*Supuesto de autos. Prueba.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, prevé en su artículo 82.2 que “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.”

En la escritura de fecha 15.05.2006 adjuntada con la demanda se prevé entre las Estipulaciones Financieras, como “Tercera-bis.- Tipo de interés variable” (F. 118), que “El tipo de interés nominal anual variará ANUALMENTE, determinándose cada nuevo tipo de interés nominal anual mediante la adición de cero puntos al tipo de referencia “IRPH-Entidades”, conocido como “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO”. Este índice de referencia se

aplicará tomando como tipo de interés nominal anual, el dato publicado por el Banco de España, en el B.O.E., como media resultante del segundo mes anterior al de la variación.

En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el tipo de referencia anterior, se establece como sustitutivo el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de CAJAS DE AHORRO”, tomándose el correspondiente al mismo mes, en la misma forma, y con la misma suma del diferencial indicados para el IRPH del Conjunto de Entidades.

Los tipos de referencia oficiales se publican mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, además de publicarse en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión, y en el Boletín Estadístico del B.E. (...)

La demandada afirma en su contestación que acompaña como documento nº 10 y documento nº 11 la copia de las ofertas vinculantes que constan en su archivo. El primero de dichos documentos (F. 257), que lleva por título OFERTA VINCULANTE DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO”, no parece esté fechado y lleva por rúbrica la que se indica es de apoderado de la entidad; si bien por el importe, plazo y número de cuotas, cabe pensar que se refiere al de 30.08.2005. El segundo (doc. nº. 11. Fs. 258 y 259) es el acuerdo de concesión un préstamo hipotecario -no se identifica como “Oferta vinculante”- a los prestatarios firmantes de la escritura, que tiene fecha 10.05.2006, ambas hojas llevan una firma ilegible. De hecho, en la copia de oferta vinculante del préstamo de 2005, obra al pie de la misma advertencia del derecho de la parte prestataria de examinar el proyecto de escritura de préstamo en la Notaría, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, lo que no consta en el acuerdo de concesión que se aporta como oferta vinculante.

La empleada de la demandada que testificó, aunque manifestó que no recordaba la información que se le dio al cliente, dado que “fue hace trece años”, afirmó que le entregó la oferta vinculante, lo que no ha sido corroborado por ninguna otra prueba. En todo caso, se va a destacar que el 10.05.2006 fue miércoles y la escritura se firmó el 15.05.2006, esto es, el lunes siguiente. En realidad, ni se ha aportado la oferta vinculante que se refiere a este préstamo, ni se ha acreditado que se entregara a los clientes, y en el caso de que así se hubiera hecho, que lo hubiera sido con la suficiente antelación.

Aunque no se duda de que antes de concederse el préstamo, las partes tratarían aspectos del mismo como importe, plazo, etc., no hay prueba de que se haya procedido como exige el TJUE, esto es, que se informara a los clientes “sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.”

Ha de tenerse presente que la demandada la única prueba que ha propuesto ha sido documental, de la que no se desprende tal extremo, y que la demandante ha sido la que ha propuesto, no solo la documental, sino también la testifical de la empleada, quien además de no recordar -lógicamente dado el tiempo transcurrido- la información que les facilitó, es persona vinculada por relación laboral con la demandada.

Lo expuesto, con independencia de otras cuestiones también alegadas por las partes, en apoyo de sus respectivas posiciones, lleva a acoger la pretensión de nulidad relativa a esta cláusula.

Sentado lo cual se ha de señalar que al ser nulo el tipo de referencia estipulado y haber desaparecido el sustitutivo (Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de

setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), habrán de determinarse las consecuencias de tal nulidad, lo que se llevará a cabo más adelante.

2º La cláusula Quinta. Gastos a cargo de la parte prestataria (Fs. 123 a 125).

Aunque la demandada se allanó a su declaración de nulidad, no puede obviarse que lo fue con la precisión de que dicho allanamiento se refería exclusivamente a la nulidad de la cláusula y a su desaparición del contrato, pero no a los efectos de esa nulidad, por lo que, si bien no es necesario argumentar sobre la declaración de nulidad, es preciso analizar los efectos de la misma.

El Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, en Pleno, se ha pronunciado sobre la cuestión. Así, en sendas sentencias de la misma fecha (23.01.2019) y ponente (PEDRO JOSE VELA TORRES), una en el N° de Recurso: 5025/2017 N° de Resolución: 48/2019, y la otra en el N° de Recurso: 5298/2017 N° de Resolución: 49/2019, sin duda conocidas por las partes y que se dan aquí por reproducidas y que en conclusión llevan en relación a la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores, a que la declaración de abusividad no puede conllevar que los terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde, ya que no son pagos hechos por el consumidor al banco sino a terceros (notario, registrador, gestoría, etc.). Esta decisión no implica moderación de los efectos de la nulidad. En concreto:

- Gastos notariales: la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. Igual en cuanto a escritura de modificación del préstamo, pero los de la de cancelación los debe soportar el prestatario, y los gastos de copias, quien las solicite.
- Registrales: el banco los gastos de inscripción de la hipoteca, y el prestatario los de cancelación.
- Gestoría: la distribución de gastos se considera correcta.

La demandante no ha precisado en la demanda los importes correspondientes a las partidas con las que se corresponderían los gastos a los que se refiere la cláusula quinta, menos aún los ha justificado; y ello pese a ser obligación de tal parte el hacerlo y pese a la oposición causada al respecto por la demandada. Tampoco en la audiencia previa trató de subsanar tal falta de fijación ni propuso prueba al respecto. Incluso en la vista, la indicación de las concretas cuantías por gastos (de Notaría Registro de la Propiedad) se refirió al préstamo de 2005 y a otro no objeto de este procedimiento anterior, no al de 2006. Y ello no es baladí, porque no se trata solo de no dejar para ejecución de sentencia algo que debió determinarse con antelación, sino que además impide analizar tanto por la parte contraria como por esta Magistrada las facturas o minutas satisfechas y los importes en que se desglosan, de manera que pudieran acogerse aquellos conceptos e importes que se correspondieran con los que no ha de soportar la parte prestataria, pero saberse si hay partidas, como las relativas a copias, que deberían atenderse por quien las solicitara. Lo expuesto lleva a estimar la demanda en cuanto la petición de declaración de nulidad de esta cláusula quinta, pero no a la condena de pago de importe alguno en concepto de gastos de ella derivados.

3º La cláusula Sexta Bis. Resolución anticipada (F. 126).

Dado que la demandada se ha allanado a la pretensión relativa a la retirada de las causas de resolución anticipada, en lo que concierne a los apartados a) y b), no se va a extender sobre ella la presente resolución.

TERCERO.- Contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 30.08.2005. (Doc nº 1. Fs. 65 a 108).

I. Consumidor.

Discrepan las partes, por lo que a este contrato se refiere, sobre la condición de consumidor de la parte prestataria, por lo que se ha de analizar antes que nada tal cuestión.

* Normativa.

El concepto de consumidor en la normativa vigente en España, a los efectos que ahora ocupan, se encuentra recogido en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Allí se expresa que "a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". El precepto fue reformado parcialmente por la Ley 3/2014 de 7 de marzo, que incluyó en su ámbito a las personas jurídicas, con la siguiente mención: "Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

* Supuesto de autos.

Como ya se ha indicado antes, afirma la demandada que este préstamo lo fue para la refinanciación de dos deudas:

- > la primera consistía en un préstamo con un principal pendiente de 79.165,71 €, que solicitó en abril de 2002 para entrar en la sociedad que reseña, en la que empezaría a trabajar.
- > la segunda era una cuenta de crédito, para gestión de tesorería de la empresa de transportes de la cual era socio formalizada en octubre de 2002 por 60.000 €.

Y al referirse al préstamo firmado el 26.02.2002, por importe de 90.151,82 €, indica que lo necesitaba para la compra en la participación de la empresa familiar.

En el documento denominado "Propuesta de Riesgo" (Doc. nº 3. Fs. 244 y 245), fechado el 17.04.2002, en el apartado finalidad, consta "Otras financiaciones a la producción" y en el apartado de "Información del director de la oficina", como "Opinión sobre solicitante y garantes": "Joven solicita PH con garantía de la vivienda de sus padres, avalistas, para entrega de participación en sociedad de transportistas con su tío, donde va a trabajar y para el pago del saldo pendiente de PH de sus padres en Bankoa sobre este mismo piso. (...)".

En el “expediente comercial financiación” (Doc. nº 4. Fs. 246 y 247), fechado el 02.03.2015, en operación iniciada por iniciativa del cliente, se indica en “Observaciones”: “Salida de sociedad de transporte, avalan e hipotecan”. Y más adelante “Se trata de un PH que se concede para cancelar otro PH (no está demorado, este se concedió: 30.000 euros como aportación a sociedad y 60.000 euros para vda). Ahora para salirse de la sociedad, tiene que saldar las deudas generadas, por lo que nuevamente solicita un PH para refinanciar todo (...)”.

Tales documentos corroboran lo alegado por la defensa de la parte actora en las conclusiones de la vista, esto es, que parte de este préstamo fue para cancelar préstamo de vivienda, y si bien no se ha precisado la porción para uno y otro destino, dado que en su día se indicó que 30.000 € eran como aportación a la sociedad y 60.000 € para la vivienda, se ha de concluir que en mayor medida era para esta finalidad, por lo que se va a considerar que se trató de un préstamo concedido a un consumidor, con las consecuencias que de ello se derivan.

II. Nulidad de las cláusulas Tercera Bis, Quinta y Sexta Bis.

1º La cláusula Tercera Bis. Tipo de interés variable. (Fs. 73 y 74).

* Normativa y doctrina.

Se da por reproducida la antes expresada en relación con el préstamo de 2006.

* Supuesto de autos.

En la escritura de fecha 30.08.2005 adjuntada con la demanda se prevé entre las Estipulaciones Financieras, como “Tercera-bis.- Tipo de interés variable” (F. 73), que

“El tipo de interés nominal anual variará ANUALMENTE, determinándose cada nuevo tipo de interés nominal anual mediante la adición de cero puntos al tipo de referencia “IRPH-Entidades”, conocido como “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO”. Este índice de referencia se aplicará tomando como tipo de interés nominal anual, el dato publicado por el Banco de España, en el B.O.E., como media resultante del segundo mes anterior al de la variación.

En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el tipo de referencia anterior, se establece como sustitutivo el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de CAJAS DE AHORRO”, tomándose el correspondiente al mismo mes, en la misma forma, y con la misma suma del diferencial indicados para el IRPH del Conjunto de Entidades.

Los tipos de referencia oficiales se publican mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, además de publicarse en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión, y en el Boletín Estadístico del B.E. (...)”

Como ya se ha indicado antes, la demandada afirma en su contestación que acompaña como documento nº 10 y documento nº 11 la copia de las ofertas vinculantes que constan en su archivo. El primero de dichos documentos que lleva por título “OFERTA VINCULANTE DE

PRÉSTAMO HIPOTECARIO”, no parece esté fechado y lleva por rúbrica la que se indica es de apoderado de la entidad; si bien por el importe, plazo y número de cuotas, cabe pensar que se refiere al de 30.08.2005. Obra al pie de la misma advertencia del derecho de la parte prestataria de examinar el proyecto de escritura de préstamo en la Notaría, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

La empleada de la demandada que testificó, aunque manifestó que no recordaba la información que se le dio al cliente, dado que “fue hace trece años”, afirmó que le entregó la oferta vinculante, lo que no ha sido corroborado por ninguna otra prueba. Es cierto que en la escritura (F. 105) el Notario hace constar, en relación con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que la parte prestataria no ha ejercido su derecho de examinar el proyecto de dicha escritura en su despacho durante los tres días anteriores al otorgamiento y que no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras de la escritura, pero ello no significa que la oferta vinculante se entregara a la parte prestataria, ni que de haber sido así, lo hubiera sido con la suficiente antelación.

Lo expuesto lleva a concluir, y dando por reproducido lo razonado en el apartado equivalente respecto al préstamo de 2006, que no hay prueba de que se haya procedido como exige el TJUE, esto es, que se informara a los clientes “sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.”, por lo que se ha de acoger la pretensión de nulidad relativa a esta cláusula, con las consecuencias que más adelante se señalarán.

2º La cláusula Quinta. Gastos a cargo de la parte prestataria. (Fs. 78 y 79).

Dado que el único motivo de no allanarse a esta petición es que el demandante, por lo que a este préstamo respecta, no tenía -a entender de la demandada- la condición de consumidor, lo que no se ha tenido por ajustado al caso, se va a estimar la petición, habida cuenta la constante jurisprudencia sobre las cuestión, estando a la antes parcialmente transcrita y a lo concluido sobre la falta de precisión de los importes en el momento inicial y de prueba aportada o propuesta en tiempo y forma.

A mayor abundamiento, ha de recordarse que la abusividad de la atribución de todos los gastos de formalización y constitución del préstamo con garantía hipotecaria se declaró en la sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre.

Se va a transcribir parcialmente la sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, en Pleno, Nº de Recurso: 5298/2017 Nº de Resolución: 49/2019, de fecha 23/01/2019, Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, en los Fundamentos que resultan de especial interés para lo que es objeto del presente procedimiento en cuanto a los gastos se refiere. Así dice:

“QUINTO.- 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, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

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-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca , el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

SEXTO.- 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 1º, 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.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto.”

3º La cláusula Sexta Bis. Resolución anticipada (Fs. 80 y 81).

Del mismo modo que se ha señalado en relación con la cláusula quinta de este préstamo, se ha de proceder por lo que a lo que es objeto de este pedimento se refiere, esto es, a la retirada de las causas de resolución anticipada, relativas a los apartados a) y b), en los que se recoge como causas de resolución anticipada incumplimientos que no revisten carácter esencial.

Ha de recordarse que el criterio es declarar abusiva esta cláusula si posibilita acordar el vencimiento anticipado por cualquier impago, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Pleno, Nº de Recurso: 2658/2013 Nº de Resolución: 705/2015, de fecha 23/12/2015, Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES, que confirma “la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.”

CUARTO.- Conclusión. Consecuencias de la nulidad.

* Doctrina.

Además de la ya expuesta, se trae a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección: 4, de fecha 15/06/2017, argumenta al respecto:

“43.- La STS 12 julio 2006, rec. 3639/1999 dice, refiriéndose a las consecuencias de la anulabilidad del art. 1303 CCv, que el fundamento de tal previsión es lograr que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante, de modo que, como dispone la STS 26 julio 2000, rec. 2925/1995, ejecutado en todo o en parte el contrato lo procedente es reponer las cosas al estado que tenían al tiempo de celebrarse. Trasladando dichas consideraciones a la nulidad absoluta que supone la incorporación no transparente, es procedente la restitución económica pedida por la parte apelante.

44.- En cuanto al momento desde que opera, a partir de las STS 24 febrero 2017, rec. 740/2014, 9 marzo 2017, rec. 2223/2014, 20 abril 2017, recs. 1707/2014, 2249/2014 y

2996/2014, 25 mayo 2017, rec. 230672014 y 8 junio 2017, rec. 2697/2014, la jurisprudencia aplica lo dispuesto en la STJUE 21 diciembre 2016, (...), por lo que habrán de reintegrarse al apelante cuantas cantidades haya satisfecho en aplicación de la cláusula declarada nula.””.

*Supuesto de autos.

** Reintegro de cuantas cantidades detrajo la demandada en aplicación de la cláusula Tercera Bis de ambos contratos y continuación de los préstamos tras la expulsión de las citadas cláusulas sin modulación de las mismas.

Ha de recordarse que la sentencia del TJUE antes parcialmente trascrita, ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opondrá “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.”

Esto es, la supresión por nulo del índice de referencia estipulado no impide que se sustituya por otro. La demandante pretende que el préstamo quede sin interés, lo que no es de recibo, porque en este caso el préstamo no se pactó como gratuito y el interés es la parte sustancial del precio. Y otra cosa no cabe pensar por el hecho de que en la actualidad el Euríbor lleve tiempo en tipos negativos ni porque en ocasiones las entidades bancarias ofrezcan préstamos a un tipo de 0% de interés, porque ello no significa que sea sin precio, sino que éste se obtiene por la aplicación de otras estipulaciones contractuales (extensa vinculación temporal con domiciliación de nómina, suscripción de seguros de vida, constitución de depósitos, tenencia y uso mínimo obligado de tarjetas de débito y crédito por las que se perciben comisiones, etc.). Dicho de otro modo, la voluntad de las partes no fue un préstamo gratuito y la anulación del contrato en su totalidad (con la siguiente devolución inmediata por la parte prestataria de todo lo debido) sería perjudicial para el cliente, por lo que se ha de fijar el interés a aplicar. No habiendo pactado las partes, una vez conocida la sentencia del TJUE, el índice de referencia, se va a establecer el Euríbor, “pues el 84,14% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año 2006, año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable, mientras que sólo el 11,47% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRPH, en palabras del voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo dictada en el N° de Recurso: 1394/2016 N° de Resolución: 669/2017, de fecha 14/12/2017, ya mencionada.

En definitiva, por un lado, no se considera procedente, por lo que se refiere a las consecuencias de esa declaración de nulidad del IRPH pactado en las escrituras de los préstamos hipotecarios objeto de la presente litis, que los préstamos sigan desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y siendo inexistente en la actualidad su índice sustitutivo, dejar los préstamos sin intereses. Y por otro lado, se aprecia que la nulidad total del contrato de préstamo, con el consiguiente deber de devolución recíproca de cantidades, sería gravemente perjudicial para el consumidor. Es por todo ello que se establece que el índice aplicable a los préstamos hipotecarios reseñados sea el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida de ambos préstamos hipotecarios, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir, en su caso, 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.

A otra conclusión no llevan las alegaciones de la parte demandante efectuadas en su escrito presentado el 03.06.2020.

** Abono de cuantos gastos le supusieron al demandante la constitución de las hipotecas, tanto en concepto de aranceles notariales, como de aranceles registrales, gastos de gestoría y tramitación, de ambos contratos.

El art. 219 LEC regula las sentencias con reserva de liquidación y dispone que cuando se reclame en juicio una cantidad de dinero determinada, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirla, ni a solicitarse también la condena a su pago, sino que esto ha de hacerlo “cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia”; fuera de los casos que en tal precepto se prevén, “no podrá el demandante pretender ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la sentencia se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución”. En el presente caso, como ya se ha señalado al valorar la prueba, ni se precisaron los importes en la demanda ni se han acreditado los finalmente indicados tras las conclusiones en la vista.

* Comisión de apertura.

No se va a analizar cuestión alguna relativa a dicha comisión, que se menciona destacada en el suplico del escrito de la parte actora presentado el 03.06.2020, toda vez que a ella no se ha hecho referencia a lo largo del procedimiento.

QUINTO.- Las costas ocasionadas por el presente juicio han de ser abonadas por la demandada, entendiéndose que la estimación de la demanda es sustancial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien podría considerarse la concurrencia de dudas jurídicas habida cuenta la resolución sobre el índice de referencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de recordarse la condición de consumidor del demandante y de entidad bancaria de la demandada y el criterio seguido al respecto por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando sustancialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. TEJERINA BADIOLA, en nombre de XXXXXXXXXXXXXXXX, frente a KUTXABANK S.A.,

(1) declarar la nulidad de las cláusulas Tercera Bis (Tipo de interés variable), Quinta (Gastos a cargo de la parte prestataria) y Sexta Bis (Resolución anticipada), ésta en lo que concierne a sus apartados a) y b), tanto del contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado mediante escritura de 30.08.2005, nº 1.281, como del elevado a escritura el 15.05.2006, nº 798, ambas del protocolo del Notario de Bilbao D. Fernando Varela Uría.

(2) condenar a la demandada

(2.1) a que recalculase todos los intereses devengados durante toda la vida de ambos préstamos hipotecarios, utilizando como índice de referencia el EURIBOR

(2.2) y a que restituya a la parte actora, en su caso, la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado; cantidad a la que habría que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción,

(2.3) así como al pago de las costas procesales.

(3) No ha lugar a efectuar otros pronunciamientos declarativos o de condena.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 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 que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 4748 0000 00 0505 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15.ª 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 esta sentencia, 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 solo podrá llevarse a cabo previa disociación de

los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. MAGISTRADA que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.

www.abogadosres.com