

JDO.DE 1ª INSTANCIA N.4 BURGOS

SENTENCIA: 00393/2020

UNIDA? PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS 53 - SALA VISTAS 1ª PLANTA, SALA 4
Teléfono[: 947284055-ATT.PUBLICO_, Fax: 947284056
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 1
Modelo: Nü4390

N.I.G.: 09059 42 1 2018 0004886

ORS ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000773 /2018

Procedimiento origen: /
Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

P : : : i a : : BLANCA LUISA -CARPIN-TERO SANTAMARIA
Abogado/4 Sr/a. FUENSANTA CABRERA SALINAS
DEMANDADO D/ña. CAIXABANK S A
Procurador/a Sr/a. MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE
Abogado/ Sr/a. JESUS RIESCO MILLA

SENTENCIA N° 393/2020

Ep Burgos a cuatro de marzo de dos mil veinte.

D. BEGOÑA HOCASAR SANZ Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Burgos, a visto los autos de juicio ordinario número 773/2018 promovidos por representada por la Procuradora **D. BLANCA LUISA CARPINTERO SANTAMARÍA** y asistida por la Letrada **D. FUENSANTA CABRERA SALINAS**; contra **CAIXA ANK, S.A.** representada por el Procurador **D. FERNANDO SANTAMARÍA ALCALDE** en sustitución de la Procuradora **D. CONCEPCIÓN SANTAMARÍA ALCALDE** y asistida por la Letrada **D. NURIA LAVÍN PÉREZ** en sustitución del Letrado **D. JESÚS RIESCO MILLA** sobre declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En fecha de 17 de julio de 2018 la Procuradora D^a. **BLANCA LUISA CARPINTERO SANTAMARÍA**, en nombre y representación de D^a.
, presenta demanda de Juicio Ordinario frente a **CAIXABANK, S.A.** en la que tras alegar los hechos y fundamentos que consideró de aplicación terminó solicitando el dictado de una sentencia acorde a las peticiones contenidas en el suplico de su demanda.

SEGUNDO. - Por Decreto de 6 de julio de 2018 se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la demandada para que formulara su escrito de contestación, extremo que verifiqué en tiempo y forma, quedando las partes citadas para la celebración de la oportuna Audiencia Previa, la cual se celebró con fecha 6 de mayo de 2019, a la que asistieron las partes debidamente asistidas y representadas, ratificándose en sus escritos de demanda y contestación, respectivamente. Ambas partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, proponiéndose por la parte actora la documental, dando por reproducida la aportada con la demanda, y la testifical; mientras que la parte demandada interesó la prueba documental, dando por reproducida la documental aportada por el escrito de contestación; siendo admitida la prueba y fijando como fecha del juicio el 6 de febrero de 2020.

TERCERO. - La vista del juicio tuvo lugar en la fecha prevista, en la que se practicó la prueba admitida en su día, formulando las partes sus conclusiones y quedando las actuaciones vistas para el dictado de la procedente resolución.

CUARTO. - En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Por la representación procesal de la actora se formula demanda de Juicio Ordinario frente a **CAIXABANK, S.A.** solicitando se dicte sentencia por la que:

"1) Se declare la nulidad de la Cláusula relativa al IRPH - CAJAS -CECA, contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre mi mandante y la entidad financiera.

2) Se condene a la entidad demandada a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado, para lo cual se hace una petición principal (letra a)), y una subsidiaria (letra b)), en la siguiente forma:

a) Si se condene a la demandada a recalcular las cuotas sin intereses, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH, quedando obligado el demandante a devolver únicamente el capital, manteniendo el préstamo hipotecario hasta su cancelación sin la devolución de intereses, o subsidiariamente,

b) se condene a la demandada a recalcular las cuotas como si el índice aplicado fuera el Euribor más el diferencial pactado, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por el Euribor más diferencial pactado.

3) Se declare la nulidad de la Cláusula contenida en el préstamo hipotecario, sobre los gastos, condenando a la demandada a la devolución a mis representados de las cantidades satisfechas por dichos conceptos, conforme al criterio jurisprudencialmente fijado.

4) Se declare nulidad de la Cláusula Cuarta contenida en el préstamo hipotecario, sobre comisión de apertura, condenando a la demandada a la devolución a mis representados de las cantidades satisfechas por dicho concepto.

5) Se concede a la entidad demandada al pago de los intereses que procedan de las cantidades reintegradas.

6) Se condene finalmente a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- La parte actora ejercita frente a la demandada una acción de nulidad de cláusulas por abusivas y acción acumulada de reclamación de cantidad. En concreto expone, en su demanda, que la demandante suscribió escritura de préstamo hipotecario en fecha 2 de agosto de 2005, ante la Notaria de Mirada de Ebro, D^a. Elena Gimeno Manzanos, con número 1179 de su Protocolo, en cuya virtud se constituía la Hipoteca a favor de CAIXABANK, S.A. sobre el inmueble titularidad de la actora, como garantía del préstamo concedido, por un principal de 149.000 €.

La actora interesa la nulidad de la cláusula que se refiere al índice de referencia IRPH, que señala:

"Pacto Tercero Bis. B.-Índice de Referencia Adoptado:

Es el "Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado. (...) "

"Pacto Tercero Bis. C).- Índice de Referencia Sustitutivo:

(...) se adoptará como índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" (..) ".

También solicita la nulidad de la cláusula Pacto 5º que establece los "Gastos a cargo de la parte acreditada", según la cual:

"Pacto Quinto.- Gastos a cargo de la parte acreditada.

La parte acreditada asume el pago de los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de todos los demás gastos y tributos derivados de esta escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y de los originados por cuantos otorgamientos sean precisos para que esta escritura tenga acceso al citado Registro incluso los causados por cartas de pago, total o parcial de los créditos derivados de la gestión de las correspondientes escrituras para su inscripción en el referido registro, así como los honorarios de letrado y derechos de procurador, en caso de reclamación judicial con imposición de costas al deudor".

Y, por último, interesa la nulidad de la cláusula Pacto 4º apartado A), con la siguiente redacción:

A) Comisión de apertura:

- Sobre la primera disposición, a calcular sobre el importe de la misma y a satisfacer en este acto, que asciende a la cantidad de mil cuatrocientos noventa euros (1.490,00 €).*
- Sobre el resto de disposiciones, a calcular sobre la parte de crédito de que se disponga en cada momento y a satisfacer en el momento en que tales disposiciones se realicen; cero enteros y setenta y cinco centésimas de otro entero (0,75%)."*

La destacada cláusula que establece al tipo de referencia, según la parte actora, fue establecida unilateralmente por la entidad financiera; la demandante no fue informada de qué es el IRPH, cómo se configura, su evolución histórica siempre por encima del Euribor; la firma del contrato vino precedida únicamente de unas explicaciones verbales por parte de la

entidad demandada, pero en ningún momento les dieron información sobre otros tipos de préstamo caso de existir, o advertencia de que, por el concreto perfil del cliente, no se le ofertan las mismas, ni folleto informativo alguno; las conversaciones giraron en torno al capital prestado, los plazos de devolución y al importe de las cuotas mensuales resultante por amortización e intereses, sin que se hablara, negociara o permitiera a la demandante pronunciamiento alguno en relación a otros extremos del contrato a firmar; nadie explicó a la actora, de manera clara y transparente, el funcionamiento e incidencia en el préstamo hipotecario de la cláusula IRPH, ni mucho menos se les informó de la trascendencia de la misma, ni se realizó ninguna simulación de los diversos y probables escenarios que se producirían en el caso de la firma del préstamo; siendo que la inclusión del índice *IRPH Conjunta de Entidades*, en vez del *Euribor*, está difuminada en un complejo contrato, cuya redacción hace totalmente ilocalizable dicha cláusula para un consumidor medio que accede al préstamo con garantía hipotecaria; y desde la entidad financiera nadie advirtió al cliente de su derecho a examinar la escritura pública durante los tres días anteriores al otorgamiento. Con respecto a la cláusula que impone los gastos a la parte prestataria, además indicar que de la redacción de esta cláusula, y del resto de la escritura, se desprende que nos encontramos ante un contrato de adhesión, puesto que en ningún caso las cláusulas contenidas en la escritura fueron negociadas por mi mandante, sino que fueron redactadas íntegramente por la entidad demandada, que ostenta en la relación jurídica que nos ocupa una situación predominantemente con respecto a la parte prestataria que actúa como consumidor. Y, por lo que respecta a los gastos de formalización de la hipoteca, la actora vino obligada a la aceptación de las condiciones impuestas por la entidad, en un articulado extenso y difícil de entender e incomprensible para quien no tiene conocimientos de banca o finanzas, salvo los mínimos indispensables. Además, reclama a la demandada la restitución de las cantidades indebidamente cobradas con los intereses legales desde la fecha de cada indebido cobro. La parte demandante, con fecha 1 de febrero de 2017, presentó reclamación extrajudicial ante la demandada solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, así como el abono de los gastos efectuados por el demandante, sin que la demandada atendiese sus peticiones; siendo desestimadas con fecha 22 de marzo de 2017; y con fecha 28 de mayo de 2018 presentó reclamación solicitando la declaración de nulidad de las cláusulas IRPH y de la comisión de apertura. Como consecuencia de la aplicación de la Cláusula Quinta la parte

demandante tuvo que abonar los gastos de Registro de la Propiedad ascendieron a 395,13 €; y los gastos de Gestoría fueron de 203 €. Todo ello, conforme al doc. N° 5 de la demanda.

La demandada, se opone, en la contestación a la demanda, a las pretensiones articuladas de contrario, alegando, en primer lugar, prescripción de la acción resarcitoria. Añade que las cláusulas que están incluidas en las escrituras, están redactadas en el mismo formato (tipo de letra y tamaño) que el resto del texto de forma sencilla, clara, concreta y perfectamente comprensible; siguen un orden lógico en función de la importancia de las "Cláusulas Financieras"; y se identifican mediante epígrafe separado y resaltado en subrayado y negrita, de inequívoca significación. La cláusula relativa al tipo de interés, a los índices de referencia adoptados para su cálculo y a lo pactado para el caso de que se dejarán de publicar esos índices de referencia, fue incluida en la escritura inicial del crédito con conocimiento de la hoy demandante, que fueron debidamente informados, tanto de su presencia, como de su significado y alcance. La actora es plenamente conocedora del alcance del negocio jurídico que suscribieron hace 13 años con mi representada, tal y como se refleja en la oferta vinculante que acompañamos como documento 4 y que firmaron días antes del otorgamiento de la escritura como muestra de su conformidad con las condiciones del crédito. En el contrato se estipula de forma clara que el índice de referencia adoptado para el cálculo del interés nominal, será en primer lugar, el "Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros". Este índice de referencia es el pactado entre las partes, y al tiempo de la contratación, un índice de referencia completamente legal, siendo un índice oficial. Así, el índice de referencia controvertido se prevé en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre. Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Circular 5/1994, de 22 de julio y Circular 7/1999, de 29 de junio. De forma que, cabe convenir que tales Circulares avalan, al momento de firma de la operación, la corrección de acudir a tal índice de referencia. Y, por lo que respecta al abono de los gastos de formalización de la hipoteca, ninguno de los gastos que ha satisfecho la parte demandante y que se reclaman en la demanda está incluido en la enumeración del art. 89.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, y se tratarían de gastos que tienen como exclusiva finalidad la formalización del préstamo hipotecario solicitado por la parte demandante. Interesando por

todo el la íntegra desestimación de la demanda y la expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO. - En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora, ni que la cláusula impugnada sean una condición general de contratación, puesto que reúne los requisitos para ello, previstos en la Ley de las Condiciones Generales de Contratación (LCGC) y en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo, (contratación, predisposición, imposición y generalidad.) (STS de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015).

Sí bien hay que considerar la Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017, también se debe tener presente el art. 6.1 C.C y que mencionada Sentencia cuenta con el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, el cual señala que:

"PRIMERO.- Introducción y preliminares.

1. Planteamiento metodológico del voto particular: delimitación de planos de análisis.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de sala, debemos, indicar, desde el principio, que el voto particular que formulamos, aunque necesariamente discrepante con dicha decisión de la mayoría de Magistrados, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil y sirva para el mejor estudio y análisis del control de transparencia, en especial de sus presupuestos y contenido de aplicación.

Desde esa finalidad primordial, el voto particular centra su argumentación, como se desarrolla continuación, desde la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico de los presupuestos de aplicación del control de transparencia con relación a los especiales deberes de información que incumben al profesional, en nuestro caso, la entidad bancaria, cuando predispone un «índice de referencia» en su contratación financiera con los consumidores; en particular, en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca con relación al denominado IRPH-Entidades, como tipo o índice de referencia utilizado.

Centrado de esta forma el enfoque metodológico del voto particular, procede delimitar y concretar los planos de análisis.

En este sentido, y en primer lugar, hay que precisar que el voto particular, de forma concurrente con la sentencia, fundamento sexto, apartado 1, no cuestiona la competencia del Banco de España para elaborar estos índices oficiales y establecer los procedimientos adecuados para su aplicación y control. Por lo que la validez de este plano normativo, esto es, de las disposiciones legales y reglamentarias que lo desarrollan administrativamente, no es objeto del control de transparencia a tenor de la Directiva 93/13/CEE. Por el contrario, como expresamente reconoce la propia sentencia, fundamento sexto, apartado 4, lo que sí constituye un claro objeto del control de transparencia es la condición general de la contratación por la que el profesional incluye un índice de referencia oficial, de forma que la cláusula, así predispuesta, resulte redactada, tal y como dice la sentencia: «de un modo claro y comprensible y sea transparente».

Esta declaración o conclusión de la sentencia, sin perjuicio de lo que se aduzca más adelante, alcanza necesariamente a la interpretación de la normativa sobre consumidores y condiciones generales que excluyen de su ámbito de aplicación el control de transparencia que se proyecte «directamente» sobre disposiciones legales o administrativas, ar/. 4 LCGC y art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, pues como se ha señalado, y expresamente reconoce la sentencia, el objeto de dicho control no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, si no su empleo o utilización en una contratación bajo condiciones generales a tenor de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponen/e.

El control de legalidad que deriva de la transparencia no se proyecta, por tanto, de una forma «superpuesta» al plano administrativo que configura tanto la fórmula o el método de cálculo del índice de referencia, como al procedimiento tendente a garantizar su integridad, fiabilidad e independencia, sino que se proyecta de un modo autónomo y diferenciado en el «plano sustantivo» del enjuiciamiento de la validez de la Cláusula predispuesta, conforme a los citados deberes de información que incumben al predisponen/e.

En segundo lugar, una vez realizada la anterior precisión, procede que pasemos a concretar, con mayor detalle el «elemento» o «componente» de la cláusula predispuesta que realmente es objeto del control de transparencia.

En el presente caso, dicho elemento o componente objeto del control de transparencia no es, como parece dar a entender la sentencia, fundamento de derecho sexto, apartados 4 y 7, ni «el interés remuneratorio como precio del contrato de préstamo», ni su composición por el tipo de índice de referencia más el diferencial pactados en el caso de interés variable, sino el mismo «tipo o índice de referencia» como elemento específico susceptible del control de transparencia, esto es, de «comportar» unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas, potencia/mente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume. Más allá, como se ha indicado, del mero conocimiento del prestatario acerca de la onerosidad del contrato celebrado, es decir, que debe pagar un precio por el capital prestado (remuneración del interés), o de que el precio, dada la modalidad pactada de interés variable, pueda ser objeto de fluctuación.

En tercer lugar, dentro de esta delimitación de los planos de análisis, hay que resaltar que una vez, como desarrollamos más adelante, se llega a la conclusión de que la utilización del tipo o índice de referencia, como elemento específico de la cláusula predispuesta, queda comprendida en el marco del control de transparencia, la aplicación de dicho control debe ser también metódica y completa, tanto con relación a la caracterización y contenido que ha delimitado la doctrina jurisprudencial del TJUE, como con el plano normativo que regula el alcance de estos índices de referencia en la contratación predispuesta con consumidores y usuarios. No basta, por tanto, como hace la sentencia, reconducir el control de transparencia hacia conceptos más amplios o generales que, por más que quiera señalar que resultan ilustrativos, no permiten valorar al prestatario, de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesidad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del «propro» índice de referencia aplicado por la entidad bancaria. Caso de los supuestos indicados, que conducen la comprensibilidad del índice a los conceptos de remuneración del interés o a la mera fluctuación del interés variable (fundamento sexto, apartados 4 y 7), o de aquellos que lo conducen alternativamente a una fórmula meramente descriptiva «tipo

medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de entidades de crédito» (fundamento sexto, apartado 9 de la sentencia).

Por último, en cuarto lugar, con relación al contenido básico del control de transparencia, que también desarrollamos más adelante, conviene anticipar, a los efectos de valorar las circunstancias «concurrentes en la celebración del contrato», art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que en el año 2006, año en el que se concertó el contrato objeto de la litis, el 84,14% de los préstamos hipotecarios fueron referenciados al Euríbor, mientras que sólo el 11,47% lo fueron al IRPH; según los datos que refleja la Estadística Registral Inmobiliaria del propio Colegio de Registradores, año 2006.

2 Contexto valorativo de la discrepancia.

Conforme a lo anteriormente expuesto, y dado que la sentencia entra en el fondo de la cuestión, es decir, en el control de transparencia del tipo o índice de referencia relativo al IRPH-Entidades, fundamentos de derecho quinto y sexto, la razón de nuestra discrepancia que justifica el presente voto particular radica en la «aplicación» que realiza la sentencia del control de transparencia. En nuestra opinión, esta aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predispuesta por la que el profesional utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial/ del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia.

En este sentido, si se analiza con atención la argumentación de la sentencia se observa que llega a la conclusión de que la «mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia», esto es, con otros términos, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponer/e ninguna otra información al respecto.

Lo que supone, a su vez, en puridad y de forma inversa a lo que hemos señalado acerca de los distintos planos normativos a considerar, que en los supuestos de referencia a estos índices oficiales el plano de la disposición legal o administrativa de dichos índices no sólo se superpone al plano sustantivo del control de transparencia, sino que acaba por «integrarlo» o «subsumirlo».

En efecto, la sentencia alcanza esta conclusión a través de diversas vías de argumentación, que resultan concurrentes entre sí. Así, en primer lugar, 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). En segundo lugar, «presumiendo» la comprensibilidad del prestatario, acerca de la transparencia y alcance de este índice de referencia, a través del carácter esencial de dicho elemento en la configuración de la cláusula predispuesta, es decir, dando por sentado que un «consumidor medio» supone 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; fundamento de derecho sexto, apartado 8 de la sentencia. En tercer lugar, «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; fundamento de derecho sexto, apartado 9 de la sentencia.

Con estos argumentos, la sentencia alcanza la conclusión señalada de que la mera referendación a un índice oficial no supone falta de transparencia, pues el adherente puede conocer, sin especiales esfuerzos, cuál es el índice de referencia que resultará aplicado, entre los autorizados legalmente, y el precio del préstamo de manera sencilla, al sumar el índice y el diferencial; fundamento de derecho sexto, apartado 9 in fine y apartado 11, segundo párrafo. En nuestra opinión, la proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, simplificándolo en atención a criterios de valoración que reconducen, presumen o alteran el contenido de dicho control resulta no ajustada a derecho.

Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla el artículo 4, apartado 2 de 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.

En nuestra opinión, la respuesta a la pregunta planteada debe ser resuelta, como desarrollamos más adelante, 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 en la cláusula predispuesta.

3. Control de transparencia: Presupuestos y hechos relevantes que han resultado acreditados en la instancia.

Para proyectar de un modo correcto el control de transparencia debemos partir de los hechos acreditados en la instancia que tienen relevancia en los presupuestos y contenido de la realización de dicho control.

Así, en primer lugar, en relación a los presupuestos de aplicación del control de transparencia la propia sentencia, fundamento de derecho segundo, conforme a lo declarado en la instancia y con cita, entre otras, de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 y de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, relativos a la cláusula suelo y al préstamo de hipoteca multidivisa, respectivamente, califica la cláusula de interés variable como una condición general de la contratación. Por lo que cumple con los requisitos para ser objeto del control de transparencia propio de las cláusulas predispuestas que corifigura el profesional en su contratación con los consumidores. Dicho control alcanza, por tanto, al tipo o índice de referencia utilizado, en nuestro caso el citado IRPH-Entidades, sin que tampoco sea un óbice para la aplicación del control de transparencia que dicho índice constituya un «elemento esencial» del contrato de préstamo celebrado.

En segundo lugar, con relación a la exigencia o deber de transparencia, la sentencia, fundamento de derecho quinto, apartado 4, dado los efectos de la asimetría de información que padecen los consumidores, reconoce que la normativa aplicable establece un «principio de transparencia» en la contratación en la que se incluyen estos índices financieros. Principio de transparencia que liga al curso de dicha normativa, desde la Orden de 5 de

mayo de 1994 hasta la Orden de 28 de octubre de 2011, significativamente titulada «de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios».

Curso de que cabe añadir, como señala la STS 608/2017, de 15 de diciembre, con relación al préstamo hipotecario multdivisa, la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, con similar exigencia de la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios.

En tercer lugar, con relación al tipo o índice de referencia IRPH- Entidades, como elemento idóneo o susceptible de ser objeto del control de transparencia, la sentencia no cuestiona la «complejidad» o «dificultad» que presenta este índice y que la sentencia de primera instancia destaca en dos aspectos relevantes. Así, en primer término, su «peculiar» configuración respecto de otros posibles índices oficiales que podrían haber sido utilizados. En particular, que el edículo de este índice comprende o incluye las «comisiones y demás gastos» que los clientes pagan a la entidad. Que dicho cálculo se realiza a través de una «media simple» de los tipos de intereses medios suministrados, sin ningún mecanismo de corrección de las desviaciones que se observen. Y que la normativa aplicable no aclara o especifica si los tipos de interés medio se refieren a los intereses realmente aplicados por la entidad, a los intereses inicialmente contratados, u a los intereses actualizados tras la correspondiente revisión. En segundo término, dado que este índice se configura a partir de la información que suministran las propias entidades, también resulta destacable la «ausencia de la información reseñada», en la publicidad que dispensa el Banco de España a través del Boletín Oficial del Estado. Publicidad de este índice de referencia que, por lo demás, como expresamente indica la sentencia, dejó de publicarse por el Banco de España en su sede electrónica el 1 de noviembre de 2013.

Por último, en cuarto lugar, con relación a la proyección o aplicación del control de transparencia en el presente caso, resulta fundamental atender al plano del cumplimiento de los deberes de información que incumben al profesional, tal y como dispone, de un modo extensivo, el citado art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, en particular desde perspectiva valorativa de la «publicidad e información proporcionados por el prestamista» (entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, Matei, C- 143/13).

En este sentido, resulta muy relevante, conforme a los hechos acreditados, tanto en la primera como en la segunda instancia, y no cuestionados por la sentencia, señalar que la entidad bancaria «no proporcionó 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. Como señalan ambas instancias, resulta acreditada esta ausencia de información tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Así, en la oferta vinculante, la única referencia informativa al respecto fue la propia denominación del tipo o índice: «IRPH TOTAL ENTIDADES». Mientras que en la escritura pública del préstamo, su referencia a informativa se limitó a su definición genérica como: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años... concedidos por el conjunto de entidades de crédito». Definición que concuerda con la que es suministrada por el Banco de España en la Circular 5/94 y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDO.- El control de transparencia sobre índices utilizados como referencia en la contratación financiera por el profesional; en particular el IRPH-Entidades. Caracterización, contenido y alcance.

1. La idoneidad del IRPH-Entidades como elemento o componente susceptible del control de transparencia. Metodológicamente la valoración de la «idoneidad» del elemento o componente en cuestión para ser objeto del control de transparencia constituye un paso previo y necesario para la aplicación, propiamente dicha, del citado control.

Esta idoneidad, como presupuesto de la aplicación del control, tal y como ya se ha indicado, a veces no concurren al tenor de las excepciones que expresamente prevé la Directiva 93/13/CEE. En nuestro caso, ya hemos señalado que no resultan de aplicación estas excepciones.

En este sentido, se ha descartado que resulte aplicable al presente caso la excepción que contempla la Directiva en su art. 1, apartado 2. La razón de fondo, al margen de que la propia sentencia no la aplica, pues entra en la valoración del control de transparencia del índice de referencia, radica en la «distinta función» del control de transparencia que no tiene por objeto, como se ha señalado, reiterar un control de legalidad superpuesto al que ya viene implícito en la disposición legal o administrativa que lo autoriza como índice oficial y regula

su aplicación, sino contrastar la «exigencia de transparencia» sobre la comprensibilidad del mismo que incumbe al profesional cuando lo utiliza o lo emplea en la configuración de la cláusula predispuesta; pues la disposición legal que lo autoriza no tiene como función explicar su alcance y funcionamiento concreto en la contratación bajo condiciones generales que lleve a cabo el profesional, ni suplir sus especiales deberes de información en este modo de la contratación. Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación «restrictiva» (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C-341/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito que tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento (entre otros, el Mibor, Ceca y Euribor), por lo que el IRPH-Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional. En esta línea, por lo demás, el Tribunal también ha resaltado que, en todo caso, resulta esencial para el consumidor que el profesional le informe adecuadamente sobre las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que resulten de aplicación (STJUE de 26 de abril de 2012, Invite, C-472/10), del mismo modo que, con carácter general, el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor (SSTJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 y de 23 de octubre de 2014, asunto Alexandre SCHUL C-359/11 y C-400/11).

Por otro lado, y en la línea de estas excepciones, también se ha descartado que la calificación del índice como «elemento esencial» del contrato sea un óbice para la aplicación del control de transparencia (según las citadas SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y 20 de septiembre de 2017).

Una vez hemos analizado previamente la posible aplicación de las excepciones previstas y hemos llegado a la conclusión de que no resultan aplicables en el presente caso, la idoneidad del índice de referencia, como elemento susceptible del control de transparencia, requiere,

además, de la «dificultad» o «complejidad» que presente la comprensión de su concepto y su mecanismo de aplicación en el contrato celebrado. Esta dificultad o complejidad no se mide de acuerdo con parámetros concretos o subjetivos relativos al «grado de comprensión» que en cada caso concreto pueda presentar el consumidor afectado, conforme a su nivel de formación o especialización, sino que atiende, por la propia naturaleza del control de transparencia, a un parámetro «abstracto» de comprensibilidad referenciado, necesariamente, en la posición del «consumidor medio» que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14).

En esta línea, basta con atender a la fórmula de cálculo que se aplica al IRPH-Entidades para concluir que se trata de un elemento complejo a los efectos del control de transparencia:

Máxime, si tenemos en cuenta, como señala la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler, C-26117, que la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula en cuestión, esto es, que el profesional articule los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado.

Hasta tal punto, que el reciente Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros, conforme a la función tuitiva de los consumidores, sujeta la regulación de los índices de referencia que se aplican a los préstamos garantizados con hipoteca a la «supervisión» que desarrolla el citado Reglamento; además de reconocer, expresamente, la obligación de los prestamistas y los intermediarios del crédito de «facilitar una información adecuada a los consumidores» (Exposición de Motivos, considerandos 10 y 71). Reglamento que ha comportado la modificación de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrado con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su art. 13, apartado 1, párrafo 2. en el sentido de recalcar el deber de informar del profesional acerca de las «posibles implicaciones de dicho índice de referencia para el consumidor».

En este contexto valorativo, no cabe poner en duda que el índice de referencia IRPH-Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar colifigulación (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; Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (Anexo VII, donde expresamente se contemplaba que:

«[..] en préstamos a interés variable se deberá a identificar, entre otros, el tipo de interés aplicable y especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial, su último valor disponible en y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, la Tasa Anual Equivalente con indicación del intervalo en el que razonablemente pueda moverse».

2. IRPH-Entidades y Transparencia. Método y proyección del control de transparencia.

Una vez delimitada, a la luz de la normativa aplicable, la improcedencia de las citadas excepciones y la idoneidad de este índice de referencia para ser objeto específico del control de transparencia, procede la proyección de dicho control de acuerdo con los parámetros y contenido que ha diseñado la doctrina jurisprudencial del TJUE.

En este sentido, se procede a analizar, de forma metódica, la extensión del control de transparencia, su caracterización, contenido y parámetros de aplicación, así como la función tutelar que desempeña, todo ello con relación a este específico índice de referencia.

2.1. Extensión del control de transparencia.

En primer lugar, y en la línea de lo señalado en este voto particular, la «apreciación» del carácter abusivo de la cláusula debe realizarse de un «modo sistemático». Esto es, como establecen las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 y 14 de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13, de forma que se tengan en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor.

Extensión que alcanza, por tanto, a la valoración de la publicidad e información proporcionada por el prestamista, al examen sistemático de la cláusula en cuestión, con relación al resto de las condiciones generales del contrato y, por supuesto, a la información suministrada por el prestamista con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta.

Por lo que a los efectos del presente caso, resulta incorrecto, tal y como hace la sentencia, «limitar» el control de transparencia hacia formulaciones más amplias y genéricas del IRPH-Entidades, como su reconducción al concepto de intereses remuneratorios del préstamo, o a la mera composición descriptiva del interés variable, formulaciones que desatienden o no reflejan tanto la importancia o incidencia que tiene este índice de referencia para valorar el alcance del compromiso que realmente asume el consumidor, como la «dificultad» o «complejidad implícita» de dicho elemento y, en consecuencia, la posibilidad de facilitar o procurar la correcta comprensión por parte del adherente.

En segundo lugar, también hay que resaltar que esta extensión del control de transparencia no sólo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SST.JUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/JI, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriciuc y otros, C-186/16, dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato. En el presente caso, ha resultado acreditado que el profesional «no suministró» información específica acerca de la peculiar configuración del índice IRPH-Entidades y de su funcionamiento concreto en el contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

2.2. Caracterización, contenido y parámetros de aplicación.

Una vez delimitada la extensión del control de transparencia, procede examinar la proyección de dicho control en el presente caso.

Esa proyección viene condicionada, ab initio, por la propia caracterización y naturaleza del control establecido. En este sentido, como ya señalara la STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banest4 C- 618/10, y como reafirma la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2017, el control de transparencia responde a un control de oficio de la legalidad de la cláusula predispuesta que se proyecta o articula en atención a parámetros abstractos (estandarizados) de validez de la cláusula, con relación a la aportación por el profesional de los criterios preciso y comprensibles que resulten necesarios para que el consumidor pueda valorar, correctamente, las consecuencias económicas que se deriven de la cláusula predispuesta. Por lo demás, esta configuración del control de transparencia, como control objetivable y abstracto de la validez de la cláusula predispuesta, en clara correspondencia con el estándar de formación del «consumidor medio», es la línea que ha sido seguida por esta sala en el curso de su jurisprudencia, SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 464/2013 de 8 de septiembre, 367/2017, de 8 de junio y la más reciente 608/2017, de 15 de noviembre, que expresamente declara:

«[..]En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, 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».

Conforme a esta caracterización, 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. (Por todas las citadas SSTs 464/2013, de 8 de septiembre y 608/2017, de 15 de noviembre).

En el presente caso, dada la complejidad incuestionable del índice de referencia IRPH-Entidades, esta exigencia de transparencia se «proyecta» sobre la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice que es utilizado en la cláusula predispuesta. Pues no en vano, como destaca la STJUE de 20 de septiembre, el profesional es quien dispone de la experiencia y de los conocimientos adecuados.

Para cumplir con esta exigencia de información, tal y como se señaló en la STS 241/2013, de 9 de mayo, 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, conviene puntualizar que la citada STJUE de 20 de septiembre de 2017, 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. Así, en su considerando 50, declara:

«[...] Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

Por lo demás, siguiendo el método de aplicación que lleva a cabo la citada sentencia, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia, debe hacerse también:

«[...]en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta **F** conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo, en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, respecto de otros posibles índices oficiales que resultaban de aplicación, su incidencia específica en el contrato celebrado, así como el carácter residual de su utilización, pues el 84,14% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año 2006, año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euribor como índice aplicable, mientras que sólo el 11,47% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRFH. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues recordemos que las variaciones del Euribor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH.

2.3. Función de la exigencia de transparencia.

De acuerdo con lo señalado, la exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Esto es, en los términos del propio TJUE, que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual,, (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente litis es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH- Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, éste debió realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se suple con la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de éste índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. 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, que desde su aplicación, el IRPH- Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor.

TERCERO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, y centrándonos en la exigencia de transparencia, la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente litis y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de diciembre, el índice de

referen'((ia que resultaría aplicable sería el Euríbor, lo que conllevaría la no imposición de costas pe/ recurso de casación y las consecuencias que se deriven en las costas de las instancias arts. 394 y 398 LEC".

En base a este Voto Particular, con cita de Jurisprudencia europea, lo que constituye el objeto del control de transparencia es la condición general de la contratación por la que el profesional incluye un índice de referencia oficial, de forma que la cláusula, así predispuesta, resulte redactada, tal y como dice la sentencia: "de un modo claro y comprensible y sea transparente"; puesto que objeto de dicho control no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, sino su empleo o utilización en una contratación bajo condiciones generales a tenor de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponente. El objeto del control de transparencia es el mismo tipo o índice de referencia como elemento específico susceptible del control de transparencia, de comportar unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume.

El Índice de referencia IRPH- Entidades, presenta una complejidad y dificultad en su configuración respecto de otros posibles índices oficiales que podrían haber sido utilizados, puesto que su cálculo incluye las comisiones y demás gastos que los clientes pagan a la entidad; realizándose el cálculo a través de una media simple de los tipos de intereses medios suministrados, sin ningún mecanismo de corrección de las desviaciones que se observen. Además, la normativa aplicable no aclara o especifica si los tipos de interés medio se refieren a los intereses realmente aplicados por la entidad, a los intereses inicialmente contratados, o a los intereses actualizados tras la correspondiente revisión. A lo que hay que añadir que este índice se configura a partir de la información que suministran las propias entidades, Y, en fin, que, como expresamente indica la sentencia, mencionado índice IRPH dejó de publicarse por el Banco de España en su sede electrónica el 1 de noviembre de 2013, en virtud de la Disposición Adicional 15.3 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n° 38 de Barcelona, señala que *"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; 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, Kusionová, C 34/13, EU:C:2014:2189, apartado 79, y de 20 de septiembre de 2017, Andriiciuc 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° 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.

35 Por lo tanto, sin perjuicio de la posible comprobación por parte del juzgado remitente, Bankia tenía la facultad de definir el tipo de interés variable, según indica el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, «de cualquier otro modo, siempre que [resultara] claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho».

36 En consecuencia, la referencia al JRPH 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. (...).

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 701/17 y C 179/17, EUC: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, *Abanea 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 comprensibile 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. (...).

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 a 109 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, *Andriuc 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, *Andriuc 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, Andriuc 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, Andriuc 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, Andriuc 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 presentr 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, procedJ hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclus/ones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principqles 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 ue figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. ¹Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprelder que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotec rios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gasto 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 Tqmbién resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circun,stancia 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 informqr 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 préstam y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indiqación 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 wriable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de irterés.

55 Jfor consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebraci?n 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. (..).

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, Abanea 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, *Ásler y Káslerné Rábai*, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, *Abanea 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, *Abanea 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, *Abanea 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 JRPD 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 sustitutorio 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) a 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) a 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 el caso de autos, la cláusula 3 bis. 3 de la Escritura de Préstamo Hipotecario, evidenciando ausencia de información detallada y pormenorizada, que no permite que un

consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos; pues de la prueba practicada, no se acredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que ésta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia en virtud de la cual la actora pudieran valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euribor, que era lo habitual en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, ni tampoco figura información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euribor. En consecuencia, la entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que éstos pudieran comprender el alcance económico y jurídico de la cláusula. No se cuenta con la declaración de la actora, habiendo declarado el testigo que no recuerda la operación, ni si el IRPH en el momento de la formalización del préstamo era superior o inferior al Euribor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los da demandante, figura el índice de referencia TRPH enmarañado en la cláusula Tercera.

Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad da la cláusula 3 bis de la Escritura de 2 de agosto de 2005, establece el artículo 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El artículo 10.1 LCGC establece que *"la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia"*.

La Sentencia del TJUE (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 1-11049 apartado 81 y de 22 de Junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec.p 1-5667, 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 la cláusula 3.bis.3 que se han declarado abusiva sin poder integrarlos o moderarlos.

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 reciprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses"*.

Y la STJUE de 3 de marzo de 2020 indica que *"Dado que la tercera cuestión prejudicial se formulaba para el supuesto de que se declarara la «nulidad del IRPH de las cajas de ahorros», el Gobierno español solicitó al Tribunal de Justicia en sus observaciones*

escritas y orales que limitara los efectos temporales de la sentencia. Ha de precisarse que la petición del Gobierno español se basa en la premisa de que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas contractuales como la controvertida, el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses.

69 *Tal como se ha recordado en el apartado 52 de la presente sentencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso la Directiva 93/13.*

70 *Pues bien, de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial resulta que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas como la controvertida, el juez nacional quedará facultado, en las condiciones que se han recordado en el apartado 67 de la presente sentencia, para sustituir el índice adoptado en la cláusula en cuestión por un índice legal que sea aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato.*

71 *En estas circunstancias, las consecuencias financieras de la eventual declaración de nulidad de una cláusula de estas características para las entidades bancarias en particular y para el sistema bancario en general no pueden determinarse únicamente sobre la base de la interpretación del Derecho de la Unión que hace el Tribunal de Justicia en el marco del presente asunto (véase, por analogía, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartados 60 y 61).*

72 *De lo anterior resulta que no procede limitar temporalmente los efectos de la presente sentencia".*

En base a ello, las consecuencias de la declaración de nulidad del tipo de referencia IRPH-entidades y tipo de referencia sustitutivo IRPH-Bancos, la declaración de nulidad de la cláusula 3 bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2005 conlleva la eliminación de esta cláusula, y siguiendo el criterio del Voto Particular contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor más el diferencial del 0,50% que se indica en la cláusula 3. bis. D. El Euríbor más 0,150% se aplicará con efectos retroactivos durante toda la vida del préstamo en que se haya aplicado el tipo de referencia IRPH Entidades y en consecuencia la

entidad bancaria deberá devolver a la parte actora la diferencia que resulte de la sustitución de tipo de referencia IRPH Entidades por el tipo de referencia Euribor más 0,50% junto con los intereses, lo que será calculado en ejecución de sentencia. Igualmente, desde el dictado de la presente resolución será de aplicación el artículo 576 de la LEC.

QUINTO.- La parte actora manifestó su desistimiento la declaración de nulidad y pretendidos efectos de la cláusula de comisión de apertura.

Dispone el artículo 19.1 de la L.E.C., que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán, entre otras cosas, desistir del juicio, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Por su parte el apartado 3 in fine del artículo 20 de la L.E.C., dispone que si el demandado se opusiera al desistimiento, el juez resolverá lo que estime oportuno.

Frente a ello la demandada alegó su interés en continuar el procedimiento pudiendo obtener una resolución de fondo con fuerza de cosa juzgada.

En este sentido, la SAP de Burgos de 5 de marzo de 2019 señala que *"Sobre el desistimiento realizado una vez contestada la demanda, cual es el caso presente, dispone el art. 20- de la LEC, que viene a señalar que del escrito de desistimiento se dará traslado a la parte contraria -en este caso el traslado se hizo en la audiencia previa- y si el demandado se opusiera al mismo -lo cual sucedió en el presente caso- el juez resolverá sobre el mismo. Lo que debe resolver es si aprueba o no el desistimiento formulado una vez contestada la demanda y al cual se ha opuesto el demandado, y tal aprobación debe realizarse considerando si el demandado tiene un interés legítimo en solicitar un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión que es objeto del mismo, y ello a efectos de evitar que la misma quede irremediada y el demandante pueda promover nuevo juicio sobre la misma.*

Si es bien, en el presente caso resulta evidente que tal interés legítimo de la entidad demandada en obtener una resolución de fondo sobre el impuesto de acto jurídico reclamado existe, y ello por una simple razón de seguridad jurídica a fin de evitar que el futuro se planteen nuevas reclamaciones sobre el citado impuesto, siendo manifiesto su interés en que la

cuestión no quede imprejuizada sino que sea zanjada definitivamente, dado que la actora ha planteado pleito sobre la misma".

Teniendo en cuenta el criterio de la Audiencia Provincial de Burgos expuesto en la reciente Sentencia citada, no ha lugar a acoger la pretensión actora.

SEXTO.- Respecto a la prescripción de las acciones resarcitorias, la AP de Burgos, en S^a de 28 de septiembre de 2018, reiterada en Sentencias de 22 de octubre de 2018 y 6 de febrero de 2019, afirma que *"Se plantea, de forma expresa, ante este Tribunal Superior, la cuestión de la prescripción de la acción de reclamación de los gastos hipotecarios. Discrepamos de la consideración que hace el juez de instancia sobre que solo se ejercita una acción de nulidad con el efecto consecuente restitutorio inherente a esta clase de acción. Entendemos, por el contrario, que, siguiendo la doctrina de la Audiencia Provincial de Valencia debe distinguirse entre la acción de nulidad y la acción de restricción o reclamación dineraria. La primera es una acción meramente declarativa y la segunda una acción de condena, y que los plazos para su ejercicio no son los mismos. La distinción entre ambas acciones ha sido aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (STS 27 de febrero de 1964 y STS de JO de abril de 1947). La acción de nulidad absoluta o nulidad de pleno derecho no tiene plazo de prescripción (ni de caducidad), es imprescriptible. En cambio, la acción de restitución, que persigue un pronunciamiento de condena si está sujeta a plazo para su ejercicio, y la razón fundamental de ello es la necesidad de otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas.*

No se acepta que el plazo de la acción de restitución sea el de cuatro años del artículo 1301 del Código civil porque la nulidad de una condición general no es un supuesto de anulabilidad, que son los regulados en ese artículo, y sus efectos no son necesariamente los del artículo 1303 del Código civil. Por ello, al no tener un plazo expreso para su ejercicio debe aplicarse el plazo general previsto para las acciones personales que no tengan señalado plazo especial del artículo 1964 del Código civil que antes era un plazo de 15 años y, ahora, con la reforma operada por la ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la ley 1/200 de enjuiciamiento civil, se establece un plazo de cinco años. Esta modificación entró en vigor el 7 de octubre de 2015, debiendo aplicarse conforme a lo previsto en la disposición transitoria

quinta de la Ley 42/2015, que se remite al artículo 1939 del Código civil, en cuya virtud se regirá o la regla anterior (quince años), si bien si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años), la prescripción surtirá efecto. Es decir, la prescripción iniciada antes del 7 de octubre de 2015 surtirá efecto cuando se alcance antes, bien el quinto aniversario de dicha entrada en vigor o bien la fecha en la que finalice el plazo de quince años desde su inicio. La prescripción para las relaciones jurídicas nacidas antes del 7.7.2015, será el 7.10.2020, en cualquier caso".

Por ello, siguiendo la doctrina expuesta, teniendo en cuenta que la Escritura se firmó en 2005, agándose en esa misma fecha los gastos de formalización de hipoteca declarados nulos, la demanda se formula el 17 de junio de 2018, el plazo de quince años vigente hasta la reforma de la Ley 42/2015 no había transcurrido, debiendo tenerse presente, que, además, se presentó reclamación extrajudicial con fecha 1 de febrero de 2017; por lo que no procede apreciar la excepción de prescripción respecto de los gastos de formalización de la hipoteca.

SÉPTIMO.- La cláusula impugnada relativa a los gastos constituye una condición general de la contratación, puesto que reúne los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad establecidos en la STS 9 de mayo de 2013 y reiterados en la de 29 de noviembre de 2017 para ser consideradas como tales. Además, en todo caso, la prueba de que fue negociada y pactada corresponde a la entidad, según el artículo 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y en este caso, ninguna prueba ha aportado dicha entidad al efecto de acreditar que fue negociada. Debe tenerse en cuenta que si bien efectivamente existe autonomía de la voluntad a la hora de establecer las condiciones de un contrato, dicha autonomía, en la contratación privada, tiene como límite la ley y en concreto en la contratación entre profesionales y consumidores aparece como normativa de carácter imperativo la Directiva 1993/13 y la legislación tutiva de consumidores y usuarios, por cuanto que no se está en la contratación por negociación propia del Código Civil, sino en cláusulas predispuestas por el profesional que no son negociadas con la otra parte, sino que aquel implanta en serie en los negocios que considera con los consumidores. Por ello, el hecho de que el contrato esté suscrito por los demandantes, y por ello se ajegue que se pactó, no impide que se pueda analizar su carácter abusivo.

Tampoco consta en la escritura que el Notario informase a los actores, más allá de la mera lectura que suele realizarse de la escritura, de la carga económica y jurídica que suponía para aquéllos la asunción de los gastos que se reflejaban en la cláusula impugnada.

La STS del Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, al tratar la intervención del notario, señala: "También resulta significativo que la parte recurrida, fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso; el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

En la STS 25.03.15 se añade que " la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura del préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada".

Y todo ello, en cuanto a que la intervención del Notario no suple una previa falta de información sobre las cláusulas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario, es reiterado en la sentencia TS 8.06.17.

De todas formas, hay que decir que una cosa es la información y otra la negociación, sin que el mero hecho de que se hubiera informado de la misma impida apreciar su abusividad.

Lo primero que debe señalarse es que la cláusula 5ª en cuestión, que sin duda fue redactada por el banco predisponente, es, en cuanto a los concretos gastos cuya repercusión en el prestatario se solicita la nulidad, muy amplia, tiene una vocación omnicomprendensiva, pretendiendo englobar todos los gastos y tributos que pudieran existir, tanto presentes y

futuros! La cláusula en cuestión, es claramente abusiva porque la entidad bancaria, de forma unilateral y sin intervención alguna de la parte prestataria, la introdujo en su propio y único interés y con un evidente perjuicio para la situación jurídica contractual de sus clientes y consumidores, consideración que no ha sido discutida por la entidad demandada. Por tanto, dicha cláusula refleja en forma evidente la voluntad del predisponente de atribuir al prestatario el pago de la práctica totalidad de los gastos presentes y futuros, en cuanto a notario; registro, gestoría, impuestos, tasación, etc que se pudieran derivar del negocio. Por lo tanto la citada cláusula es abusiva y, en consecuencia, nula, a excepción de las referencias a los gastos y/o primas del seguro para la conservación de la finca, hogar o incendio; al haber causado un desequilibrio al prestatario, de acuerdo con las previsiones de los arts. 82 y 89 del TRLGQCU, al no permitir, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23.12.15, no ya una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino, además, por hacer recaer su totalidad sobre los hipotecantes, sin que pueda perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.

Además, la referida cláusula tampoco se puede considerar que sea transparente y que supere el control formal de incorporación, precisamente por no estar redactada de forma tal que un consumidor medio conozca, de forma sencilla, clara y veraz y sin tener que realizar grandes esfuerzos mentales, cuales son realmente los gastos o tributos concretos y determinados que debería soportar como consecuencia de la contratación del préstamo hipotecario.

OCTAVO.- Acerca de la comisión de apertura la Sentencia del TS 44/2019, de 23 de enero de 2019 señala lo siguiente: *Tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Tanto el interés remuneratorio como la comisión de apertura deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.*

Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque "es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato".

En el mismo sentido que la anterior Sentencia del TS, y con carácter reiterado, (Sentencias de 22 de noviembre de 2017, Sentencia 48/2019, de 8 de febrero; y Sentencia 44/2019, de 8 de febrero de 2019), la AP de Burgos señala que no procede la declaración de nulidad de la cláusula que impone el abono de una comisión de apertura al prestatario; señalando, en la última citada, que *"Pues bien, sobre la validez de la comisión de apertura se ha pronunciado la Sala Civil del Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 de enero de 2019, señalando que no estamos ante un gasto, sino que junto al interés remuneratorio del préstamo forma parte del precio del mismo, en concreto de una parte fija de tal precio que se cobra en el momento de la contratación, siendo el banco libre de cobrar o no cobrar tal comisión o de fijar el importe de la misma. Se señala que la razón de tal precio es que el banco además de la disposición o traspaso de dinero que implica todo préstamo a favor del prestatario, realiza una serie de actividades que son de naturaleza distinta a tal disposición de dinero (estudio de la solicitud, recopilación y análisis de la información sobre solvencia, evaluación de las garantías prestadas, preparación del contrato) y que son necesarias para la concesión de cualquier préstamo, las cuales obviamente justifican que el banco prestamista pueda cobrar la comisión de apertura como parte integrante del precio del préstamo, cosa que autoriza la normativa bancaria que contempla tal comisión y establece que debe ser considerada para el cálculo de la T.A.E. (tasa anual equivalente) por la cual se fija el coste total que el préstamo implica para el prestatario, no siendo por ello exigible que la entidad crediticia pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio,*

preparación y concesión del préstamo, dado que son actuaciones inherentes a la propia actividad bancaria de concesión de préstamos, y la prueba sobre el coste concreto que supone su realización sería un prueba diabólica.

Y sentado que la comisión de apertura no implica un gasto que debe ser justificado y por el tener una remuneración proporcionada, sino la parte fija del precio del préstamo, la conclusión de lo anterior no es otra que la citada comisión no queda sometida al control de contenido de abusividad, en el sentido que al formar parte del precio del préstamo no cabe examinar si su fijación es o no contraria a la buena fe o si supone, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de las obligaciones y derechos de las partes derivados del contrato, no siendo posible entrar a considerar si su existencia es o no justificada, o si su importe es o no excesivo o desproporcionado, pues como tiene establecido el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea los tribunales tienen vedado el control de las cláusulas esenciales que fijan al precio a pagar por el consumidor o usuario.

Siendo posible el control de contenido de abusividad, señala el Tribunal Supremo en las referidas Sentencias de 23 de enero de 2019 que si es posible un control de transparencia, en el sentido que la citada comisión de apertura debe haber sido incorporada al contrato con una redacción que además de legible debe ser clara y comprensible para el consumidor (control de incorporación o transparencia formal), y además es exigible que el prestatario consumidor sea consciente de su existencia y alcance cuando firma el contrato, lo cual exige que el banco le haya informado de forma clara y comprensible sobre la misma en la información precontractual. Ahora bien, señala nuestro Alto Tribunal en tales Sentencias, que la falta de transparencia de la comisión de apertura debe ser denunciada específicamente por el prestatario consumidor que soporta la cláusula, y que su apreciación debe tener un carácter restrictivo o limitado, y ello habida cuenta que estamos ante una cláusula cuya existencia es de público y general conocimiento por los consumidores que suscriben préstamos hipotecarios, la misma está incorporada a las fichas normalizadas de información personal sobre el préstamo, así como a la publicidad precontractual del banco, y además el hecho que se pague por entero mediante un abono al inicio del préstamo, hace improbable que la misma pasa desapercibida para el consumidor prestatario, siendo por todo ello muy pocos los casos en que pueda establecerse que la cláusula de comisión de

apertura pasó desapercibida para el prestatario y que éste no la conocía cuando firmó el préstamo.

En el presente caso el prestatario demandante ha impugnado la comisión de apertura por considerar que estamos ante un gasto no justificado y de importe desproporcionado, argumento que conforme la citada doctrina del Tribunal Supremo, dado que no estamos ante un gasto que deba justificarse sino ante la parte fija del precio del préstamo que no puede ser sometido al control de contenido propio de las cláusulas abusivas, sino tan sólo al control de transparencia formal y material, y el demandante no ha denunciado que la cláusula en cuestión no sea transparente, en el sentido que no era conocida por el mismo cuando se firmó el contrato, por no haber sido informado por el banco sobre su existencia, cosa que por otra parte es sumamente improbable por los argumentos que hemos señalado siguiendo lo dicho por nuestro Alto Tribunal en las referidas Sentencias de 23 de enero de 2019, habiendo sido necesario probar que la misma no estaba incorporada a la ficha del préstamo o a la publicidad precontractual del banco, cosa que no se ha hecho".

Por tanto, en el caso analizado, no puede acogerse la declaración de nulidad instada por la parte actora respecto a la cláusula que establece una comisión de apertura.

NOVENO.- En cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad de los apartados que se consideran abusivos, referentes a los gastos de formalización de la hipoteca, nuestra Audiencia Provincial en Sentencia de 5 de marzo de 2018, señala que *"Fundamenta el actor su recurso en la doctrina sentada tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la Sala Primera del Tribunal Supremo que las consecuencias de declarar abusiva una cláusula no negociada inserta en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario es nula de pleno derecho, se tiene por no puesta y los efectos jurídicos de tal nulidad no pueden moderarse o limitarse, pues la cláusula no es vinculante para el consumidor y debe ser expulsada del contrato, debiendo ser ello a su vez un incentivo para que el profesional no vuelva a imponer la cláusula abusiva en otros contratos. Tal doctrina es cierta, y en tal sentido la jurisprudencia del referido Tribunal europeo en Sentencias de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013, señala una cláusula abusiva debe suprimirse del contrato, sin que queda su integración, y por ello la moderación de la cláusula, salvo que*

se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato y la integración opere en el beneficio del consumidor, cual no es el caso presente en que, como es obvio, el contrato puede seguir subsistiendo sin la cláusula discutida. En definitiva tal como tienen dicho nuestro Tribunal Supremo la cláusula declara abusiva es nula de pleno derecho, siendo tal nulidad susceptible incluso de ser apreciada de oficio, y como tal debe tenerse por no puesta, quedando excluida del contrato, no siendo por ello vinculante para el consumidor y no produciendo efecto jurídico alguno, debiendo restituirse al consumidor a quien se ha impuesto la cláusula abusiva a la situación fáctica y jurídica que tendría de no haber sido impuesta la cláusula.

Ahora bien, de la doctrina anterior no debe extraerse la consecuencia jurídica que pretendía el prestatario demandante, en el sentido que la nulidad de la cláusula de gastos debe conllevar la consecuencia jurídica inexorable de abonarse al mismo todos los gastos que tuvo que pagar por razón de la misma. Y ello no es así porque en el caso de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos concurre la peculiaridad que tales gastos no se han abonado al banco prestamista sino a terceros que han girado la correspondiente factura (en el presente, caso la notaría, el registro de la propiedad, la gestoría y la sociedad de tasación), por lo cual el abono de tales gastos por el banco no puede ser consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el art. 1.303 del Código Civil sólo los efectos jurídicos de la nulidad de un contrato dado que al no haber recibido el banco tales gastos no tiene la obligación de restituirles con sus intereses legales, como así ocurre con todas las cantidades que se perciben, por razón de un contrato nulo. En tal sentido nos pronunciábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, en la que citábamos sobre tal particular la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava nº 501/2017, de 17 de noviembre (Ponente, don Iñigo Elizburu Aguirre). Ahora bien, como señalábamos en nuestra Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero, la nulidad por abusiva implica restituir al consumidor prestatario a quien se ha impuesto tal cláusula a la situación fáctica y jurídica que tendría de no existir tal cláusula, que como hemos dicho debe considerarse no puesta y expulsada del contrato, y en tal sentido debe considerarse que en virtud de la misma abonó gastos que no le correspondía haber pagado, pues era gastos no debidos para el mismo y que debían haber sido pagados por el banco prestamista, con lo cual se ha producido una situación de enriquecimiento injusto por pago indebido, y ello en el sentido que el pago del gasto que no corresponde pagar al prestatario por ser de cargo del banco prestamista supone un

desplazamiento patrimonial que empobrece al prestatario que lo realiza de forma no debida y que correlativamente enriquece al banco que se ve liberado de realizar un pago que tenía la carga de realizar, y ello sin que exista causa que legitime o sirva de título al desplazamiento patrimonial que implica el pago, dado que la cláusula de gastos que en un principio justificó tal pago ha sido declarada nula por abusiva y por ello se tiene por no puesta. Tal argumentación, permite reclamar al banco prestamista el abono de las cantidades pagadas por el prestatario cuando tales cantidades no eran debidas para el mismo y lo eran para el banco, pero no permite la reclamación de los gastos que si eran debidos para el prestatario, es decir los gastos que el prestatario tenía la obligación de pagar al margen de la cláusula de gastos, o dicho de otra forma los gastos que hubiera pagado de no haber existido la cláusula de gastos.

Por lo expuesto procede establecer que gastos no corresponde abonar al prestatario, o que gastos le corresponde abonar sólo en parte, y ello en consideración de tres parámetros: primero, la normativa sectorial que regula de forma específica el gastos y establece quien debe afrontarlo; segundo, la parte que por verse favorecida por el mismo tiene interés directo en su realización, y tercero el principio de reciprocidad de intereses, en favor del cual deben resolverse las dudas interpretativas en los contratos onerosos, según dispone el art. 1.289 del Código Civil, teniendo asimismo en consideración lo dispuesto en art. 1.138 del CC para el caso de obligaciones en que existan dos o más deudores, en el sentido que la deuda se entenderá dividida en tantas partes iguales como deudores haya. Tal cuestión la abordamos en el siguiente fundamento de Derecho atendiendo a los gastos concretos que se discuten.

Tercero. -

gastos notariales.

El Arancel de los Notarios está regulado por el Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre, que en su regla sexta señala: "la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieran requerido la prestación de las funciones o servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueran varios, a todos ellos solidariamente".

f'lo consta que una de las dos partes haya requerido de forma exclusiva los servicios del Notario que autorizó la escritura, y el hecho que ésta se otorgase según minuta aportada por la entidad financiera no implica que ésta sea quien requiere en exclusiva la intervención notarial, siendo perfectamente posible que ambas partes soliciten la intervención del Notario para redactar una escritura conformada por las condiciones generales de la contratación prestadas por el banco prestamista. Entra por ello en juego la regla del interesado en el otorgamiento de la escritura notarial que formaliza el préstamo hipotecario, y aquí hemos de señalar que ambas partes están interesadas en su otorgamiento, la entidad financiera en cuanto que con la misma obtiene un título ejecutivo que unido a su inscripción la permite acudir a un procedimiento especial de ejecución en caso de impago del préstamo, y el prestatario en cuanto que con la misma puede obtener un préstamo hipotecario con el cual conseguir financiación para comprar su vivienda habitual, siendo obvio por otra parte que en con el préstamo hipotecario los intereses remuneratorios a pagar son más bajos que un préstamo personal que no precisa del otorgamiento de escritura. Por ello rige el principio de reciprocidad de intereses y ambas partes deben quedar obligadas a pagar por su mitad la minuta del Notario que autoriza la escritura del préstamo hipotecario, y ello conforme lo dispuesto en los arts. 1.289 y 1.138 del CC. Este es el criterio seguido por la juzgadora de instancia y por la mayoría de las Audiencias que se han pronunciado sobre el tema.

gastos + gisrales.

El Arancel de los Registradores de la Propiedad aparece regulado por el Real Decreto, 1.427/1989, de 17 de noviembre, que en su regla octava señala que: "Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a las personas que hayan presentado el documento ... "

Pues bien, la hipoteca en cuanto derecho real o gravamen que garantiza el préstamo concedido se inscribe a favor de la entidad financiera que concede el préstamo como prestamista y es por ello acreedora con la garantía de la hipoteca, siendo a su vez la principal interesada en tal inscripción con la cual queda garantizado su crédito, pues la inscripción de una hipoteca tiene carácter constitutivo, y su existencia y vigencia es requisito imprescindible para iniciar un procedimiento especial de ejecución hipotecaria contra el deudor moroso que ha incumplido el préstamo. No obstante, hemos de señalar que la

hipoteca también favorece e interesa al prestatario, pues gracias al gravamen que representa y que garantiza el cumplimiento del préstamo, el prestatario tiene la opción de obtener financiación para adquirir su vivienda, y sin la misma, ora no tendría acceso a tal financiación ora el préstamo personal que se le concedería tendría un interés más elevado, pues como es sabido sin hipoteca hay mayor riesgo y a mayor riesgo el interés a pagar aumenta, por lo cual no sería abusiva una cláusula que repartiéndose por partes iguales el pago de los gastos registra/es. No obstante, ello, siendo nula por genérica y omnicomprendensiva la cláusula que impone al prestatario todos los gastos derivados del préstamo, en aplicación del Arancel de Registrador los gastos registra/es por la inscripción de la hipoteca deben imponerse al banco acreedor en favor del cual se ha inscrito, debiéndose por ello confirmar el criterio de la juzgadora de instancia.

gastos de gestoría. -

Al ser prestados por una empresa privada no existe normativa que los regule, correspondiendo su pago a quien contrata los servicios de la misma, debiendo presumirse que es la entidad financiera por ser la primera interesada en que se gestione tanto la liquidación del correspondiente impuesto y la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario, debiendo señalarse que estamos ante un servicio privado que no es necesario, pudiendo el prestatario asumir personalmente tales tareas de gestión, que no implican gran complejidad como para requerir los servicios de un profesional, o contratar tales servicios con una gestoría de su elección, que puede cobrar honorarios menores, debiendo por lo dicho considerarse que estamos ante la imposición al consumidor de un servicio complementario o accesorio no solicitado por el mismo, y que como tal está contemplada por el art. 89-4 del Real Decreto Legislativo 1/2007 como cláusula abusiva. En este extremo la sentencia de instancia condena al banco demandado a abonar la mitad de los gastos de gestoría, y por ello debe darse la razón al prestatario apelante, y con revocación parcial de la sentencia de instancia condenarse al banco demandado a abonar la totalidad de los gastos de gestoría reclamados, esto es 781,66 euros.

gastos de tasación de la finca que se hipoteca: -

La juzgadora de instancia considera que tales gastos son de cuenta exclusiva del prestatario, por lo cual desestima la reclamación que de los mismos se hace al banco. No

compañamos tal criterio y tal como adelantábamos en la Sentencia nº 30/2018, de 1 de febrero; tales gastos, al igual que sucede con los gastos de notaría, deben ser compartidos por i al por el prestatario y el banco prestamista, y ello atendiendo tanto al criterio de reciprocidad, como al interés que tienen ambas partes en tal tasación, el prestamista por cuanto que la tasación de la finca que va a hipotecarse sirviendo de garantía del préstamo le permite solicitar y acceder al mismo, y el banco prestamista por cuanto que está interesado en garantizar el crédito que concede con la hipoteca y por ello en la tasación de la finca hipotecada dado que ello es un requisito necesario para constituir la hipoteca, dado que debe figurar en la misma el importe por el cual se ha tasado. Debe por ello estimarse en este punto el recurso de apelación y condenarse al banco demandado al pago de la mitad de los gastos de tasación, esto es 205,7 euros (411,40 euros/2)".

El anterior criterio es seguido por la Audiencia Provincial de Burgos, sin fisuras, en sentencias más recientes, tales como 229/2018, de 27 de junio; 228/2018, de 27 de junio y 236/2018, de 28 de junio.

Y las Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, de 23 de enero de 2019, refiriéndose a las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario los gastos de formalización de la hipoteca referentes a Notaría; Registro de la Propiedad y Gestoría, señalan que

"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 minúsculos: 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.

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.

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. 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 transmiten/e 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 gastos 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.

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".*

Partiendo de lo anteriormente expuesto, teniendo como norte el criterio sustentado por la Audiencia Provincial de Burgos, y el Tribunal Supremo en las Sentencias, anteriormente citadas 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, de 23 de enero de 2019, el Banco demandado deberá abonar a la actora la cantidad de 496,63 € (Registro de la Propiedad 395,13 €, y Gestoría 101,50 €); según documento nº 5 de la demanda, como antes se ha expuesto.

DÉCIMO.- Las cantidades objeto de condena se incrementarán con los intereses legales desde el momento del pago de cada una de ellas por el consumidor, a fin de compensar a los prestatarios de la pérdida del valor adquisitivo de las cantidades pagadas y, en definitiva, se garantiza la restitución de los mismos a la situación fáctica y jurídica que implica la desaparición de la cláusula abusiva que por ello es nula y se tiene por no puesta. Así mismo, devengarán los intereses de mora procesal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el dictado de la presente resolución.

En este sentido, la SAP de Burgos de 15 de marzo de 2019 señala que *"En el último motivo del recurso de la parte demandada se impugna el pronunciamiento relativo a la imposición de los intereses desde la fecha del indebido cobro, lo cual debe corfirmarse pues el devengo de los intereses es algo a lo que la parte actora tiene derecho como consecuencia de la nulidad si se hubiera ejercitado la acción frente al obligado a la devolución conforme al artículo 1303 CC, y siendo así que el banco que ha dado lugar a la nulidad de la cláusula debe incurrir en la misma responsabilidad".*

Y la SAP de Burgos de 22 de marzo de 2019, en el mismo sentido, con cita de las STS de 23 de enero de 2019, puntualiza *"La obligación de la entidad prestamista de abonar al prestatario las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la*

cláusula anulada, conlleva la del pago de los intereses legales devengados desde la fecha de su pago (STS 725/2018 y STS 461/2019 de 23 de enero de 2019) "

UNDÉCIMO.- 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 realizar especial pronunciamiento respecto a las costas causadas.

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

FALLO

Qu estimando parcialmente la demanda interpuesta por D^a.
representada por la Procuradora D^a. **BLANCA LUISA CARPINTERO SANTA RÍA;** contra **CAIXABANK, S.A.** representada por el Procurador **D. FERNANDO SANTAMARÍA ALCALDE** en sustitución de la Procuradora D^a. **CONCEPCIÓN SANTAMARÍA ALCALDE,** y en su virtud,

1.- Se declara la nulidad de la Cláusula relativa al IRPH - CAJAS -CECA, contenida en la escritura de Crédito Hipotecario de 2 de agosto de 2005, otorgada ante la Notaria de Miranda de Ebro, perteneciente al Ilustre Colegio de Burgos D' Elena Gimeno Manzanos, con N° de Protocolo 1179.

2.- Se condena a la entidad demanda a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado, condenando a la demandada a recalcular las cuotas como si el índice aplicado fuera el Euribor más el diferencial pactado, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por el Euribor más diferencial pactado de 0,50.

3." Se declara la nulidad de la Cláusula 5ª de la misma Escritura, sobre los gastos de formalización de la hipoteca, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON SESENTA Y TRES CENTIMOS (496,63 €), con los intereses correspondientes.

4.- No ha lugar a declarar la nulidad de la Cláusula Cuarta contenida en el préstamo hipotecario antedicho, sobre comisión de apertura.

5.- Sin expresa condena en costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, ante la Audiencia Provincial, Sección Tercera.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER, en la cuenta de este expediente 4673 0000, indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO

PUBLICACIÓN.- Dada leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de la fecha, doy fe.

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.