



Roj: **SJPI 5/2020** - ECLI: **ES:JPI:2020:5**

Id Cendoj: **25120420062020100002**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Lleida**

Sección: **6**

Fecha: **09/03/2020**

Nº de Recurso: **266/2019**

Nº de Resolución: **227/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **LAURA BUESO HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida**

Edificio Canyeret, 3-5, planta 3 - Lleida - C.P.: 25007

TEL.: 973700136

FAX: 973700135

EMAIL:instancia6-mercantil.lleida@xij.gencat.cat

N.I.G.: 2512042120198060722

### **Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 266/2019 -A**

-

Materia: Condiciones grales. incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmov. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 2204000004026619

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Lleida

Concepto: 2204000004026619

Parte demandante/ejecutante: Elena , Octavio

Procurador/a: Albert Rambla Fabregas, Albert Rambla Fabregas

Abogado/a: Gregori Ferrer I Bertran

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK, S.A. Procurador/a: Ares Jene Zaldumbide Abogado/a: Oscar Amills Eras

### **SENTENCIA Nº 227/2020**

**Magistrada: Laura Bueso Hernandez**

Lleida, 9 de marzo de 2020

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**- Que la representación de la parte actora, se formuló demanda de Juicio Ordinario, arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de hechos y fundamentos de derecho, que se dictará Sentencia, por la que se declare:

A. NULIDAD DE LA CLAUSULA TERCERA BIS con todos los efectos inherentes a tal declaración.



B. Subsidiariamente, y para el supuesto de que los efectos de la declaración de nulidad supongan la nulidad del contrato de préstamo, se acuerde la sustitución del índice de referencia declarado nulo, por el índice de referencia EURIBOR, que determinará el tipo de interés adicionándole el diferencial pactado.

C. Subsidiariamente se condene a la entidad "CAIXABANK, S.A." a realizar el recalcule de la operación crediticia, sin aplicación de la cláusula declarada nula y aplicando el tipo de referencia "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España", y en consecuencia al abono a la actora de aquellas cantidades abonadas en exceso por aplicación del IRPH en relación al índice de referencia "tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de Cajas de Ahorros.

D. Todo ello con expresa condena en costas e intereses a la demandada.

**Segundo.-** Que admitida la demanda por decreto, se dispuso el emplazamiento de las partes demandada, para que en el término legal compareciera en autos, asistida de Abogado y Procurador, y contestara aquella, lo cual verificó en tiempo y forma, con arreglo a las prescripciones legales, solicitando que se dictara sentencia, desestimando la pretensión.

**Tercero.-** Contestada la demanda se acordó convocar a las partes a la vista prevista en el art. 443 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero, que tuvo lugar el día 29/07/2019, con asistencia de las partes. La parte actora propuso prueba documental y testifical; y la demanda solicitó además de la documental también la declaración del mismo testigo, lo cual fue íntegramente admitido, señalando como fecha de juicio el 25/11/2019.

**Cuarto.-** Llegado el día del juicio, comparecieron todas las partes. Una vez practicada la prueba que fue admitida en audiencia previa, se acordó en el acto dar traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la suspensión del dictado de la sentencia a la espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, relativo a la declaración de nulidad del interés variable IRPH. Por esta Juzgadora se acordó la suspensión del dictado de la sentencia, lo cual fue recogido por auto de fecha 26/11/2019.

**Quinto.-** En fecha 03/03/2020 la Sala Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó sentencia con núm. de recurso C-125/2018. Por esta juzgadora se ha procedido a dictar la presente sentencia una vez resuelta la cuestión prejudicial planteada. En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

Las partes propusieron únicamente la prueba documental por reproducida. Se acordó en el acto dar traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la suspensión del dictado de la sentencia a la espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, relativo a la declaración de nulidad del interés variable IRPH. Por esta Juzgadora se acordó la suspensión del dictado de la sentencia, lo cual fue recogido por auto de fecha 23/07/2019.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### **Primero.- Determinación del objeto de la controversia.**

Según han manifestado las partes son elementos **controvertidos en este pleito** :

- 1.- La nulidad o no de la cláusula que establece el índice de referencia IRPH (pacto 3º bis) de la escritura pública de 11 de abril de 2005.
- 2.- Las consecuencias de la determinación de la nulidad de dichas cláusulas y el cálculo de cantidades a restituir.
- 3.- La información facilitada al actor y la explicación sobre el coste y evolución del índice IRPH.
- 4.- Si son condiciones generales de la contratación.

Las partes no discuten la condición de consumidora de la actora ni la relación contractual entre ellas.

### **Segundo.- De la prescripción**

Sostiene la entidad demandada en su escrito de contestación que las cantidades reclamadas como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas en la presente litis estarían prescrita por haber transcurrido más de diez años hasta que se produjo el pago de las mismas ha tenido lugar hace más de diez años, y en base al artículo 121-20 del C. Civil de Cataluña.



De manera preliminar, cabe aclarar que en este pleito se está ejercitando dos acciones principales de nulidad por falta de transparencia y abusividad ( artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), sin perjuicio del posible efecto restitutorio de las mismas.

Sobre esta cuestión, la STS 19 noviembre 2015 (rec. 1329/2014), manifiesta que : *La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que, **tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible** .*

En esta línea, es doctrina jurisprudencial reiterada la que declara que la acción de nulidad absoluta, radical o de pleno Derecho, no está sometida a plazo de prescripción ni de caducidad (entre otras, SAP Alicante 8ª, 10.3017, SAP 1ª Palencia, 13.12.16; SAP Asturias, 1ª 24.11.16).

Sobre la misma cuestión, nuestra Ilustre Audiencia Provincial, en su sentencia 76/2019 de 14 de febrero, dispone: *(sobre la prescripción), olvida la recurrente que la prestataria no ha podido ejercitar la acción de reembolso o reintegro de las cantidades que pagó por gastos notariales, registrales, de gestoría, de tasación e impuestos hasta que ha sido declarada la nulidad de la cláusula correspondiente de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, lo cual no ha sucedido hasta este procedimiento. Hasta su declaración de nulidad nada podía reclamar la prestataria precisamente por los propios efectos de la citada disposición contractual, de forma que el plazo de prescripción para poder reclamar su reintegro, que constituye una acción personal, no puede empezar a contar hasta que se produce su declaración de nulidad pues es cuando nace para el acreedor la posibilidad de ejercitar la acción en virtud del principio de la "actio nata" ( art. 1969 del C.c )( En relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-5-08 , citada por la de 25-3-09).*

**Por todo lo relatado no puede estimarse que la acción ejercitada por la parte actora este prescrita o caducada.**

### **Tercero.- Las condiciones generales de la contratación. Naturaleza.**

En la contratación civil y mercantil el principio general es el de libertad de pactos: art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Sin embargo, la complejidad de muchas relaciones jurídicas ha determinado que este criterio inicial de libertad haya de ser cuestionado o matizado, articulándose mecanismos para regular la inclusión de determinadas cláusulas en contratos en los que, bien por la situación de desequilibrio entre los contratantes, bien por la propia naturaleza de los contratos, las posibilidades de negociación efectiva entre las partes se minimiza o incluso desaparece, acudiéndose a fórmulas estandarizadas de contratación en las cuales se incluyen pactos, cláusulas o condiciones prefijadas normalmente por una de las partes.

Este tipo de contratación se considera una manifestación del tráfico económico moderno, vinculándola a la situación de desequilibrio que se produce en la contratación mercantil, fundamentalmente en aquellas operaciones en las que intervienen consumidores.

Los contratos en los que se incluyen estas cláusulas se denominan contratos de adhesión, haciendo referencia a supuestos en los que el contenido del contrato se ofrece previamente redactado por una de las partes y la otra se limita a aceptar o rechazar el contrato. Una de las partes preestablece el contenido y a la otra no le queda otra opción que la de aceptar las condiciones o no contratar.

Atendiendo a estas consideraciones, la Exposición de Motivos de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) indica que «Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva».

Así nuestra normativa distingue, como advierte la Exposición de Motivos de la Ley, entre condición general y cláusula abusiva. La condición general se refiere a aquella cláusula predispuesta que se incorpore al contrato sin haber sido negociada. Sólo tendrán la consideración de abusivas aquellas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y pueden tener o no el carácter de condición general, ya que también pueden darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Esto además está perfectamente descrito en la STS de 9 de mayo de 2013, conocida por todos.

En este caso, no consta en modo alguno, ninguna clase de negociación individual entre las partes, de la cláusula objeto de este procedimiento. Por tanto, nada se ha acreditado en cuanto a la negociación de las cláusulas. Y cabe recordar que es cuestión pacífica que los actores son consumidores. Por tanto, toda la prueba que efectivamente sí hubo negociación, corresponde al profesional. Y nada ha hecho en este caso.

#### **Cuarto.- Cláusula de tipo variable de referencia IRPH.**

La actora solicita la nulidad de la cláusula contractual que regula el índice de referencia del interés variable con el IRPH estipulado en la escritura pública litigiosa, y ello, alegando que se trata de una condición general de la contratación impuesta a la parte demandante y no negociada.

La demanda, por su parte, manifiesta que se trata de un índice de referencia estipulado conforme a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, siguiendo el orden y estructura pautado por la misma, y que por ello no implica falta de transparencia ni abusividad ( Sentencia de Tribunal Supremo núm. 669/2017 de fecha 14/12/2017).

La reciente Sentencia C-125/2018, dictada por la Sala Gran Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve que:

" 43. Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) 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, (LA LEY 55532/2010) C-484/08 , EU:C:2010:309 , apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 18890/2019) C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019), apartado 49).

44. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) 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 (LA LEY 4573/1993), determinar si, dadas la 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, (LA LEY 16295/2013) C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, (LA LEY 123057/2017) C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 (LA LEY 18890/2019), apartado 50).

45. Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) , 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, (LA LEY 55532/2010) C-484/08 , EU:C:2010:309 , apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, (LA LEY 46630/2014) 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 (LA LEY 4573/1993) , 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, (LA LEY 46630/2014) C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, (LA LEY 123057/2017) C-186/16 , EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), 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, (LA LEY 46630/2014) C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 71)."

Con esta resolución, no hay lugar a dudas de que a pesar de que el IRPH se trate de un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, las cláusulas contractuales que se refieren a dicho IRPH han de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

En este sentido, continua la precitada Sentencia con lo siguiente:



" 48. Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la *Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993)*, 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*, (LA LEY 16295/2013) C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, (LA LEY 179803/2016) C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980 (LA LEY 179803/2016), apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), 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 (LA LEY 4573/1993), 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*, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), 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*, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), 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 (LA LEY 4573/1993)* (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, (LA LEY 16295/2013) 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*, (LA LEY 46630/2014) C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, *Matej*, (LA LEY 6612/2015) C-143/13, EU:C:2015:127 (LA LEY 6612/2015), apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros*, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), 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*, (LA LEY 123057/2017) C-186/16, EU:C:2017:703 (LA LEY 123057/2017), apartado 47 y jurisprudencia citada).



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

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

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

56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13 (LA LEY4573/1993), 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. "

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual"

De ahí que la condición general está presente en cualquier tipo de contrato, y entre cualquier tipo de persona, pero la condición de abusiva, de una condición general, solo se puede predicar de los consumidores.

Todo ello conduce, a que el primer control posible en caso de no consumidores como de consumidores, es aquel que recoge el art. 5, que fija el control de inclusión.

Y así lo recoge el fundamento en el punto 201 de la STS 9.5.13 cuando dice: 2.1. La transparencia a efectos de incorporación al contrato.

201. En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los art. 5.5 LCGC "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes



condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"

Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la **información previa facilitada al prestatario**.

La Jurisprudencia europea, como ya se ha indicado, exige que para dar cumplimiento a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE en los contratos celebrados entre consumidor y profesional, el Bando o entidad financiera correspondiente debe facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato.

La testigo Sra. Costa -empleada de la entidad bancaria- depuso en Sala que conoce a los actores y recuerda que explicó la diferencia entre Euribor e IRPH, siendo decisión de los demandantes escoger uno u otro índice. Explica que en el momento de la firma ante notario se les volvió a explicar, y además, que se les entregó la oferta vinculante.

De la prueba practicada, no se ha probado si se explicó o no el método de cálculo y las consecuencias jurídicas de escoger como índice de referencia el IRPH. Si bien es cierto que la testigo manifestó que se explicó el producto, no aporta más detalle sobre la información facilitada. Por otro lado, no se solicitó por la demanda el interrogatorio de la actora, para poder valorar si la información facilitada permitió comprender la carga económica y jurídica del IRPH.

La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario.

Lo anteriormente expuesto, conduce a declarar la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH.

#### **Cuarto.- Efectos de la nulidad del IRPH**

Sobre esta cuestión, la sentencia C-125/2018 del TJUE establece que:

*" 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 (LA LEY 4573/1993) 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 este orden de cosas, será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia.

#### **Quinto.- Costas.**

Conforme al art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (art. 394-1º); y si la estimación o desestimación de las pretensiones fuera parcial, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitades, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En este caso, se estiman las acciones de nulidad que se solicitan. Por tanto, la estimación es íntegra, y se hace especial condena en costas.

#### **FALLO**



**ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda presentada por la representación procesal de Doña Elena , y Don Octavio ,; contra CAIXABANK S.A., y en consecuencia DECLARO:

A.LA NULIDAD DE LA CLAUSULA TERCERA BIS del contrato de préstamo de fecha 11 de abril de 2005.

B. Declaro la sustitución del índice de referencia declarado nulo, por el índice de referencia EURIBOR, que determinará el tipo de interés adicionándole el diferencial pactado.

C. Condeno a la entidad "CAIXABANK, S.A." a abonar a la actora de aquellas cantidades abonadas en exceso por aplicación del IRPH en relación al índice declarado como sustituto.

D. Todo ello con expresa condena en costas e intereses a la demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado y para la Audiencia Provincial de Lleida, en el término de VEINTE días desde su notificación, conforme al art. 445 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, L. 1/2000 de 8 de enero.

Lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ