



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 3 DE MARBELLA
JUICIO ORDINARIO N.º [REDACTED]
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL N.º [REDACTED]

SENTENCIA N.º [REDACTED] 2020

Ilmos. Sres.

Presidente:

[REDACTED]

Magistrados:

[REDACTED]

[REDACTED]

En la ciudad de Málaga, a 21 de abril de dos mil veinte

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio Ordinario N.º [REDACTED] procedentes del Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Marbella, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad, seguidos a instancia de [REDACTED] representado en el recurso por la Procuradora [REDACTED] y defendido por el Letrado don Jorge Manrique de Lara Jiménez, contra [REDACTED] representada en el recurso por la Procuradora [REDACTED] y defendida por el Letrado [REDACTED] pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia dictada en el citado juicio.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Marbella dictó Sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, en el Juicio Ordinario N.º [REDACTED] del que este Rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: << **FALLO**

Que ESTIMANDO TOTALMENTE la demanda interpuesta por [REDACTED] contra la entidad [REDACTED], declaro la nulidad de pleno derecho de la cláusula suelo contenida en la Cláusula Cuarta ("INTERESES ORDINARIOS"), en el apartado B ("PERÍODO A INTERÉS VARIABLE), en el subapartado 6 bajo la rúbrica de "LÍMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS", de las Cláusulas Cuarta B, 2 y 3 que fijan el tipo de interés de referencia principal y sustitutivo (IRPH Cajas y TAR), y de la cláusula que fija el interés de demora en el 22,50% (Sexta del Anexo I), todo ello de la escritura de novación de préstamo hipotecario otorgada con fecha de 21 de abril de 2.009, ante el Notario de Marbella [REDACTED] con el número 425 de su protocolo, aportada como documento nº 2 de la demanda, por la que se modificaba parcialmente la escritura de subrogación de préstamo hipotecario otorgada con fecha de 3 de noviembre de 2.006 ante el Notario de Marbella [REDACTED] con el número 5.702 de su protocolo (documento nº 1 de la demanda), condenando a la demandada a eliminar dichas cláusulas del citado contrato de préstamo hipotecario, teniendo las mismas por no puestas ni incorporadas al contrato, absteniéndose de aplicarlas en el futuro, condenándola, igualmente, a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento del contrato objeto de litis y como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dichas cláusulas vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera



existido el índice de referencia de la Cláusula Cuarta B, 2 y 3, sin aplicar índice de referencia alguno, sino únicamente, en cuanto a los intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido, ni la citada "cláusula suelo" (Cuarta B, 6), y el interés efectivamente abonado, y ello conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo del 0,25% menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de las cláusulas declaradas nulas, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por el prestatario por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo, y quedando fijado como interés de demora el interés ordinario o remuneratorio ya señalado en esta sentencia; más el interés legal de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido; con aplicación desde la fecha de esta sentencia de lo dispuesto en el art. 576 de la N.L.E.C.; condenando, igualmente, a la demandada al pago de las costas procesales causadas>>.

SEGUNDO.- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la entidad demandada, el cual fue admitido a trámite, siendo su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haber propuesto prueba, y no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 21 de abril de 2020, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia, si bien en el trámite ha tenido incidencia el estado de alarma declarado por el Gobierno de España, por medio de Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ante la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, pandemia internacional declarada por la OMS (11 de marzo de 2020), posteriormente prorrogado por Resoluciones de 25 de marzo, 9 de abril, y 22 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados (R.D 476/20 de 27 de marzo, R.D 487/20 de 10 de abril, R.D 492/20 de 24 de abril).

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilustrísima [REDACTED]



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida, previa consideración del demandante, [REDACTED] como consumidor, estima íntegramente la demanda deducida por el mismo frente a la entidad crediticia [REDACTED] y en virtud de ello declara la nulidad de las siguientes cláusulas insertas en la escritura pública otorgada el día 21 de abril de 2009, por la que se modificó parcialmente la escritura de compraventa, con subrogación-novación en préstamo hipotecario otorgada el día 3 de noviembre de 2006, entre el demandante que actuó en condición de prestatario, y la entidad [REDACTED] [REDACTED] (sucedida a título universal por absorción por [REDACTED] y posteriormente por [REDACTED], que actuó como parte prestamista, a saber, de la cláusula que establece como índice de referencia principal el "Tipo medio de Cajas de Ahorro de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre" (en adelante IRPH Cajas); de la cláusula que establece como índice de referencia sustitutivo el "Tipo Activo de Referencia de la Confederación Española de Cajas de Ahorros de los dos meses anteriores (en adelante, TAR-CECA); de la cláusula que establece un límite mínimo a la variación del tipo de interés del 4,90% (cláusula suelo); y de la cláusula que establece un interés de demora del 22,50% en caso de impago (cláusula interés de demora); como consecuencia de la declaración de nulidad de las referidas cláusulas, la Sentencia condena a la entidad crediticia demandada, en el caso de la cláusula de IRPH Cajas y del sustitutivo TAR-CECA, a su eliminación del contrato, así como a devolver al demandante todas las cantidades que hubiere cobrado la entidad por este concepto, junto con los intereses legales, desde la fecha de los respectivos cobros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C; por lo que se refiere a la cláusula suelo condena a la demandada a su eliminación del contrato así como a devolver al demandante las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la misma; y por lo que se refiere a la cláusula relativa al interés de demora, decide tenerla por no puesta y condenar a la demandada a su eliminación del contrato, en los términos que se expresan en el Fallo; todo ello con las bases de cálculo que se establecen, y con imposición, a la entidad demandada, de las costas procesales causadas. Este Fallo da respuesta a la demanda rectora



de la presente litis en la que el demandante pedía, en lo que a las cláusulas relativas al IRPH Cajas y TAR-CECA se refiere (son las que constituyen el debate de esta alzada), el dictado de Sentencia por la que : "2ª) Se declare la **nulidad por abusiva** de la referida **CLÁUSULA ÍNDICE IRPH Y TAR**, recogidas respectivamente en: CLÁUSULA CUARTA.- INTERESES ORDINARIOS. (...) 2) ÍNDICE DE REFERENCIA ADOPTADO (Tipo medio de Cajas de Ahorros de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, IRPH CAJAS), y CLÁUSULA CUARTA.- INTERESES ORDINARIOS (...) 3) ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO (Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorro, elaborado por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, TAR). Procediéndose a la inaplicación de los referidos índices, o en caso de considerarlo necesario para la vigencia del contrato, proceda a su integración aplicando por sustitución el índice más habitual que es el EURÍBOR"; igualmente suplicaba que se recalculase el cuadro amortización de la hipoteca teniendo en cuenta las cláusulas eliminadas, condenando a [REDACTED] a restituir al actor las cantidades que en concepto de interés se han abonado indebidamente y cobrado en exceso en virtud de las estipulaciones impugnadas, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro periódico, y hasta su efectiva restitución, con imposición de costas a la demandada. Afirmaba el demandante, respecto del tipo de interés de referencia y su sustitutivo (además de respecto de las otras dos cláusulas impugnada que no son objeto de esta alzada), el carácter abusivo de las cláusulas, por falta de transparencia, conforme a la regulación contenida en la LCGC, y en TRLGDCU, y en la Directiva 93/13/CEE, así como conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, y las diferentes Sentencias dictadas por el TJUE sobre condiciones generales de la contratación, insertas en contratos celebrados con consumidores. Se alegaba en el referido escrito rector, en esencia, que el demandante intervino en la operación de préstamo, tanto en la inicial subrogación-novación, como en la posterior novación, en condición de consumidor, siendo predispuesto el contenido negocial, sin haber existido previa negociación entre las partes contratantes y aceptación de la operación con pleno conocimiento por parte del prestatario de su trascendencia; las cláusulas están impuestas, predispuestas pues estaban destinadas a una pluralidad de contratos, siendo que el índice de referencia establecido es fácilmente manipulable por las entidades financieras en su



determinación, y las condiciones de las cláusulas únicamente causan perjuicio el prestatario, tratándose de cláusulas contrarias al principio de la buena fe contractual, habiendo resultado infructuoso todo los intento de solución extrajudicial del conflicto (documento 7 de la demanda), por lo que no había quedado más remedio que interponer la demanda para la defensa de sus derechos. La entidad demandada contestó a la demanda argumentando, en esencia, en lo que a las cuestiones litigiosas que ahora nos ocupa se refiere, básicamente, las mismas alegaciones que ha alegado en el recurso de apelación, alegaciones que más tarde concretaremos, en base a las cuales suplicaba la desestimación de la demanda, por tanto también la desestimación de este escrito rector en cuanto a la pretensión de declaración de nulidad de las cláusulas que constituyen el objeto de esta alzada, y efectos que a ello serían inherentes. Como ya hemos expresado con anterioridad, tras la tramitación procesal oportuna, el Juez de Instancia dictó Sentencia en 28 de marzo de 2017, en cuya Resolución, y en lo que las cláusulas litigiosas que constituyen el objeto del debate de esta alzada se refiere, partiendo de la condición de consumidor del demandante, en el Fundamento de Derecho Sexto, examina las cuestiones planteadas en relación con cláusulas IRPH Cajas TAR-CECA, a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta en la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y razona aplicando al caso la referida doctrina jurisprudencial, que aún cuando con carácter general las cláusulas que definen o determina el objeto del contrato no pueden ser sometidas al control de abusividad sobre su contenido, si es posible someterlas al doble control de transparencia, en cuanto a validez de incorporación y en cuanto a su comprensibilidad real, de tal modo que se puede controlar su abusividad siempre que la cláusula no sea transparente, entendiendo sensu contrario lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva; concluye que las cláusulas en cuestión están redactadas con claridad, y que por ello superan el control de incorporación al que se someten las condiciones generales de la contratación, ya sea la persona que contrata consumidor o no; a renglón seguido se adentra en el examen del control de transparencia, referido al control de comprensibilidad real de las cláusulas, control aplicable solamente cuando la persona adherente tiene la condición de consumidor, como es el caso, control este a cuyo examen dedica el Fundamento de Derecho Octavo, en el que tras exponer extensas consideraciones jurisprudenciales, y concretar que la carga de la prueba respecto de la



compresibilidad real incumbe a la parte demandada conforme al artículo 217 de la L.E.C, es decir, que es a la parte de la demandada a quien incumbe probar que ofreció a la parte prestataria consumidora información suficiente sobre las consecuencias que implicaría la inclusión de las cláusulas controvertidas, viene a concluir, que concurren todos los requisitos fijados por la jurisprudencia para que las cláusulas litigiosas puedan ser declaradas no transparentes y abusivas, dado que la entidad demandada no ha probado que proporcionarse al prestatario información alguna; no se acredita que se realizaran por la prestamista simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés de referencia (IRPH Cajas), ni tampoco se ha probado la existencia de información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, todo lo cual fue negado por el prestatario en su interrogatorio, lo que evidencia de un modo claro que la entidad prestamista no advirtió al prestatario del verdadero alcance de las cláusulas, no habiendo aportado la entidad demandada prueba alguna al respecto, y teniendo en cuenta que el prestatario es una persona física que tiene la condición de consumidor, la entidad bancaria debió cumplir con su obligación legal de información, así como con la evaluación de la situación económica del Señor [REDACTED] de modo tal que éste tuviera conocimiento real de las consecuencias económicas del préstamo; falta de transparencia que sitúa al consumidor, en cuanto su compresibilidad real, en una situación de perjuicio comparativo, y de desequilibrio respecto de la posición mantenida por la prestamista, concluyendo así que las cláusulas IRPH Cajas y TAR-CECA no superan los umbrales de transparencia, en la doble vertiente exigida por la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, por lo que procede declararlas nulas, preservando la vigencia del préstamo hipotecario, de conformidad con la doctrina emanada de nuestro más Alto Tribunal sobre las consecuencias dimanante de la declaración de nulidad. En el Fundamento de Derecho Noveno aborda la cuestión de la determinación del índice de referencia sustitutivo a aplicar, decidiendo que, en atención a lo razonado por la Audiencia Provincial de Álava, en Sentencia de 9 de noviembre de 2016 dado que en lo que la misma se resuelve es un supuesto sustancialmente idéntico al que se resuelve en esta litis, declarada la nulidad del IRPH Cajas, procedería la aplicación del índice sustitutivo, que en la escritura se dice que es el TAR, que igualmente ha desaparecido, por lo que considera que no



procede aplicar índice de referencia alguno, sino únicamente, en cuanto intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido. En el Fundamento de Derecho Décimo concluye que en relación a la declaración de nulidad de las cláusulas analizadas, resulta de aplicación el artículo 1.303 del Código Civil, y que por ello procede estimar tanto la pretensión principal de declaración de nulidad de las cláusulas Cuarta B, 2 y 3, que fijan el tipo de interés de referencia principal y el sustitutivo (IRPH Cajas y TAR-CECA), y la pretensión accesoria de devolución de cantidades de la parte actora, declarando la nulidad de dichas cláusulas, quedando las mismas eliminadas del contrato, y condenando a la demandada a restituir al demandante las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de las mencionadas cláusulas litigiosas, desde el inicio de su aplicación, difiriendo la cuantificación del exceso devolver a la fase de ejecución de Sentencia, mediante la aportación por la entidad bancaria del cuadros de amortización del préstamo recalculado sin aplicación de índice de referencia alguno, sino únicamente del diferencial pactado del 0,25%, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH, cantidad que podría incrementarse en los meses siguientes hasta la firmeza de cumplimiento de la Sentencia, más intereses moratorios de conformidad con los artículos 1.100 , 1.101 y 1.108, todos del Código Civil. Pues bien, frente a lo así razonado, y frente al Fallo íntegramente estimatorio de la demanda se alza en apelación la entidad crediticia demandada, precisando como ya hemos adelantado, que el recurso de apelación se limita a impugnar los pronunciamientos de la Sentencia en virtud de los cuales se declara la nulidad de las cláusulas IRPH Cajas y TAR-CECA, por lo que es a esta concreta cuestión litigiosa, a la que queda limitado el debate planteado para ante esta alzada, dado que la entidad financiera apelante, muestra conformidad con los pronunciamientos en virtud de los cuales se la declara la nulidad, por falta de transparencia y abusividad, tanto de la cláusula suelo, como de la cláusula relativa al interés de demora, así como con los efectos inherentes a la declaración de nulidad de las referidas cláusulas que se establecen en el Fallo de la Sentencia apelada; por ello, aunque en el Suplico del recurso se pide por la entidad recurrente que estimándose el recurso se proceda a revocar parcialmente la Sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia N.º 3 de Marbella en los autos de Juicio Ordinario N.º [REDACTED] de 28 de marzo, desestimando la demanda formulada por [REDACTED] en realidad, lo que se está pidiendo, no es una desestimación



íntegra de la demanda, sino que se mantenga la Sentencia en lo que a los pronunciamientos relativos a la cláusula suelo y a la cláusula referida al interés de demora, y efectos inherentes a su declaración de nulidad se refiere, porque no se han recurrido, y se revoque en lo relativo a los pronunciamientos en virtud de los cuales se declara la nulidad de la cláusula IRPH Cajas y TAR-CECA, y efectos inherentes, lo que en definitiva, determinaría en todo caso una estimación parcial de la demanda, precisión esta que no resulta baladí a los efectos del pronunciamiento que pudiere proceder respecto de las costas de primera instancia, pues aunque se llegue a estimar por la Sala, hipotéticamente hablando, el recurso de apelación planteado respecto de las pretensiones revocatorias que se deducen por la entidad apelante en relación con las cuestiones relativas a la cláusula IRPH Cajas y TAR-CECA, en ningún caso procedería, como pide, desestimar la demanda e imponer las costas de instancia al demandante, ya que es evidente, que ante una eventual estimación del recurso de apelación, la estimación de la demanda, valga la redundancia, en todo caso sería parcial, y ello se traduciría, en lo que a costas se refiere, en un pronunciamiento en virtud del cual, de conformidad con el artículo 394.2 de la L.E.C, cada parte asumiría sus propias costas, abonándose las comunes por mitad, pero nunca en un pronunciamiento en virtud del cual resulten impuestas las costas al demandante, más cuando no se alega por la entidad recurrente que el actor haya litigado con temeridad, y en consecuencia, no obstante la estimación parcial de la demanda, haya méritos para imponer al mismo las costas de devengadas en la instancia.

SEGUNDO.- Frente a lo que se razona en la Sentencia en relación con las cláusulas IRPH Cajas y TAR-CECA, argumenta la entidad apelante, en esencia y así le expone en la alegación previa, que aunque el Juzgador a quo ha amparado su decisión en el TRLGDCU, y en la Ley 26/1.998, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, en realidad lo que hace es someter los tipos de referencia al doble control de transparencia a que se refería el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, dictada en materia de cláusulas suelo, doctrina que la recurrente entiende no aplicable al caso, por cuanto nos encontramos ante dos supuestos completamente diferentes, puesto que el tipo de referencia no es ni más ni menos que el precio del contrato, por tanto, forma parte del objeto principal del mismo, lo



que implica que no puede entrarse a realizar el doble control de transparencia, en que se basa la Sentencia, no obstante lo cual este doble control, a su juicio, en todo caso, está completamente superado, y por tanto, no nos encontramos ante cláusulas abusivas; añade que el Juzgador a quo valora erróneamente la prueba, en relación a la supuesta falta de transparencia de los tipos de referencia impugnados toda vez que incide en que no se suministró información suficiente al prestatario sobre las condiciones financieras del préstamo, cuando es lo cierto que antes de la formalización de ambas escrituras, se desarrollaron los correspondientes procesos de negociación e información, en los que la entidad crediticia cumplió la normativa bancaria de transparencia, la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1.989; además, paralelamente, afirma, el Juez de instancia no concede relevancia alguna al hecho de que las cláusulas impugnadas se encontrasen en una escritura novatoria de otra anterior que contenía exactamente las mismas cláusulas controvertidas y que, sin embargo, se afirman desconocidas (las condiciones modificadas se referían a la creación de un periodo de carencia de capital de dos años y a la ampliación de duración del préstamo, ello con objeto de reducir las cuotas hipotecarias mensuales que debía satisfacer demanda); el Juzgador a quo tampoco valora que para facilitar la comprensión y conocimiento de la parte prestataria de las cláusulas esenciales del negocio jurídico celebrado, la escritura de novación del préstamo, recogió la totalidad de las mismas en un "anexo de condiciones", de una única página de extensión, anexo que está firmado por la parte prestataria; tampoco valora que en Notario autorizante dio fe pública de haber explicado las condiciones del préstamo hasta constatar que el actor prestaba su consentimiento suficientemente informado, dejando constancia también que el índice de referencia pactado era un índice oficial; y, finalmente, no otorga ninguna importancia al hecho de que el demandante, es abogado en ejercicio y socio fundador del despacho [REDACTED] contando con una experiencia profesional de más de 15 años, amén de ser Administrador único de la mercantil [REDACTED] [REDACTED] Sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, lo que tiene su trascendencia dado que no le resulta modo alguno desconocido el procedimiento de contratación hipotecaria en el sector inmobiliario. Igualmente mantiene la entidad recurrente que el Juzgador a quo ha soslayado que la inmensa mayoría de las Audiencias Provinciales Españolas están desestimando sistemáticamente las demandas en las que se insta la nulidad



por falta de transparencia y/o abusividad de las distintas modalidades de IRPH. Argumentos estos de apelación, resumidamente expuestos, que desarrolla posteriormente muy ampliamente en los distintos motivos que articula en el recurso. En la alegación primera mantiene [REDACTED] la validez del IRPH Cajas como tipo principal y del TAR-CECA como tipo sustitutivo pactados por las partes, y considera que es errónea la argumentación de la Sentencia que examina la cuestión litigiosa aplicando el control de transparencia establecido por el Tribunal Supremo en materia de cláusulas suelo, al tipo de referencia, ello por las razones que de forma pormenorizada expone; que en todo caso las cláusulas impugnadas superan el doble control de transparencia, no sólo el de inclusión, sino también el de comprensibilidad real dado que a pesar de no ser exigible por tratarse de una novación, en aplicación de la orden ministerial de 5 de mayo de 1.994, se entregó al prestatario Anexo que contenía un resumen de las condiciones generales del préstamo, y se facilitó al cliente toda la información procedente en derecho, en cumplimiento de la Orden Ministerial de 1.989, lo que no significa que la entidad no informase al cliente del coste comparativo con otros productos ofertados, lo que sí se hizo, y si no se ha portado prueba al respecto con el escrito de contestación, es porque estos extremos no se guardaban en los expedientes, ya que se trataba de documentos que carecían de efectos vinculantes, y una vez firmada la escritura lo único que hacían es engrosar el volumen de archivos; por lo que es evidente que el demandante conocía, pues tuvo oportunidad de ello, las condiciones del préstamo, y lo que suponía el IRPH Cajas y TAR-CECA, es decir, conocía las consecuencias económicas del préstamo, más cuando el Notario, como resulta del simple examen de la escritura, realizó las advertencias y manifestaciones oportunas, de las que cabe inferir que la entidad crediticia cumplió con la normativa de transparencia de oportuna aplicación, y que el otorgamiento de la escritura se adecuó a la legalidad vigente, habiendo prestado el demandante, prestatario, su consentimiento libre, voluntario y suficientemente informado, hasta el punto de haber renunciado incluso a leer por sí la escritura, según manifiesta el Notario, Fedatario este que además señaló expresamente la existencia de dos anexos que, siendo parte integrante de la escritura, contenían información sobre las condiciones financieras contratadas y las fórmulas aritméticas empleadas en dicha escritura, leyendo el Fedatario íntegramente la escritura, siendo claro por tanto, que no puede desacreditar la parte actora un hecho revestido de fe



pública como es que el prestatario recibió del Notario las explicaciones oportunas sobre las condiciones del préstamo, incluido el IRPH Cajas y el TAR-CECA, por haber firmado el Anexo 1 en el que dichas condiciones se contenían de forma resumida, cuando además tales cláusulas son de relación clara y se ubican de forma correcta, pues tanto un índice como otro, quedaron recogidos en la cláusula Cuarta, reguladora de los intereses ordinarios, en el apartado B relativo al interés variable del préstamo, en su párrafo segundo y tercero, que remitían al Anexo 1, a fin de permitir una mejor comprensibilidad por el prestatario; añade que es indiscutible que el conocimiento en profundidad del cálculo de estos índices pueden no ser tarea sencilla para personas sin conocimientos financieros, pero lo mismo puede predicarse de cualquier otro índice de referencia, incluido el Euríbor, y sin embargo estos no se impugnan, siendo que además es incuestionable que estos índices son de mayor facilidad comprensiva para una persona que es licenciada en derecho, especialista en derecho hipotecario como es el demandante, que no es sino, en definitiva, un consumidor especialmente cualificado. En cuanto a la ausencia de simulaciones, estima que el Juzgador a quo yerra en sus apreciaciones, pues salvo en aquellos casos en los que el prestatario tenga conocimientos muy especializados, esto simulaciones en ningún caso permitirían un conocimiento profundo de lo que significa el IRPH Cajas, el TAR-CECA, o el Euríbor, y es por ello, que de mantenerse la consideración del Juzgador a quo, prácticamente la totalidad de las condiciones financieras pactadas en los préstamos hipotecarios, desembocarían en nulidad, lo que resulta absolutamente ilógico. De todo ello se puede inferir, a su juicio, que tanto el IRPH Cajas, como el TAR-CECA objeto de litis, cumplen plenamente los requisitos de transparencia exigibles a cláusulas de su naturaleza, lo que determina, que incluso por este motivo las pretensiones deducidas en la demanda, debían y deben resultar desestimadas. En la alegación segunda mantiene la entidad crediticia que el IRPH Cajas y el TAR-CECA impugnados superan el control de abusividad, manteniendo que en todo caso, una hipotética falta de transparencia de las cláusulas que establecen el índice de referencia principal y el sustitutivo aplicables al préstamo, no determinarían la nulidad automática de las mismas, sino la mera posibilidad de controlar su abusividad, cuestión esta que no analiza Juzgador a quo, siendo imposible declarar la abusividad de estas cláusulas, por cuanto que no han sido impuestas, no son contrarias a la buena fe y no suponen desequilibrio jurídico importante en



perjuicio del prestatario, máxime en el caso en el que el actor reconoció que en ningún momento se interesó por otras modalidades de préstamo que estuvieran referenciadas a otros índices oficiales, y tampoco acudió a otras entidades, viniendo refrendadas las anteriores consideraciones por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales de nuestro País, lo cual ha sido ignorado por el Juzgador a quo. Añade que no puede hablarse de abusividad de los índices en cuestión, dado que se trata de índices implantados en el mercado desde los años ochenta, son índices oficiales desde 1.994, y ambos índices no fueron suprimidos porque fueran contrarios a norma alguna, sino porque la Ley 14/2013 vino suponer una reestructuración del sistema de índices oficiales por la necesidad de integrar los índices oficiales en la contratación de préstamos hipotecarios al mercado común europeo, alternar las alternativas existentes en el mercado y adecuar el coste real de obtención de los productos ante la progresiva reducción del número de cajas de ahorros que operan en España; resulta jurídicamente improcedente equiparar la existencia de una posibilidad menos onerosa, con desequilibrio, pues éste ha de ser un desequilibrio jurídico importante y tomando en consideración a totalidad del contrato, es decir no cabe equiparar desequilibrio o, en general, abusividad, con carestía, ni cabe a aplicar control de precios en nuestro ordenamiento jurídico y mucho menos cabe hablar de desequilibrio por el hecho de que el IRPH Cajas registre valores más altos que el Euríbor, dado que el primero lleva aparejado en todos los casos diferenciales muy inferiores a los que acompañan al Euríbor y en el caso el diferencial es inexistente, 0%, diferencial lógicamente inferior al que hubiera llevado aparejado el Euríbor, siendo que además el IRPH Cajas es más estable que el Euríbor dado que al sufrir variaciones mucho menos pronunciadas y tener aparejado un diferencial minúsculo, o inexistente como es el caso, en periodos alcista de los tipos de interés, el préstamo experimenta un encarecimiento mucho menor, y ni siquiera el IRPH Cajas es el índice que ha registrado valores más elevados históricamente; y en cualquier caso para valorar la mayor onerosidad del índice impugnado y evaluar si concurre desequilibrio, es preciso tener en cuenta el conjunto de derechos obligaciones de las partes en el contrato, no la proporción o semejanza de un índice con relación al Euríbor en términos absolutos, como así se expresan numerosas Sentencias dictadas por distintos Tribunales. En la alegación tercera del recurso, en cuanto a los efectos que serían inherentes a un eventual



pronunciamiento de alzada confirmatorio del pronunciamiento de instancia que declara la nulidad del IRPH Cajas y del TAR-CECA, aduce la Mercantil recurrente que sería necesaria la aplicación de la ley 14/2013. En desarrollo de este motivo de apelación argumenta [REDACTED] que el Juzgador a quo establece que la consecuencia de la declaración de nulidad, por falta de transparencia, del índice de referencia principal, IRPH Cajas, y de sustitutivo, TAR-CECA, es la devolución de cantidades a la parte actora, y respecto del índice a aplicar el resto de la vida del préstamo, que será únicamente aplicable el diferencial pactado esto es, el 0,25%, acordando así la aplicación de un tipo de interés tremendamente reducido, lo que determina, en definitiva, que el préstamo queda configurado como gratuito, debiendo además la entidad recurrente devolver al demandante las cantidades que hubiera percibido durante la vigencia contrato en concepto de interés remuneratorio, y ello, a su juicio, resulta contrario a derecho, pues en palabras del Tribunal Supremo, el interés remuneratorio constituye la retribución que el prestatario paga al prestamista por disponer del capital prestado, por lo que está directamente relacionado con la causa del contrato de préstamo retribuido y ello así, es evidente que las partes tuvieron conocimiento y voluntad de contratar un préstamo hipotecario con carácter oneroso en aplicación de lo dispuesto en en el artículo 314 del Código de Comercio y el artículo 1.740 del Código Civil, por lo que desde el momento en que pactaron, debe seguirse devengando el interés remuneratorio, sin que pueda quedar el contrato de préstamo como gratuito. Además no debe olvidarse que la Ley 14/2013 supuso el fin de la publicación del IRPH Cajas y el TAR-CECA, pero esta misma norma establecía en su Disposición Adicional 15ª, que los anteriores índices serían sustituidos por (i) el índice sustitutivo previsto en el contrato, de existir, o (ii) en defecto del mismo, por el IRPH Conjunto de Entidades, índice este que permanece plenamente vigente, aplicándole una suerte de coeficiente corrector equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece (en el caso el IRPH Cajas), y el propio IRPH Conjunto Entidades; en el caso habiendo desaparecido tanto el índice principal de referencia como sustitutivo, en la escritura de novación se pactó como tipo de "interés de cierre" el último tipo que hubiera podido aplicarse, que sería plenamente aplicable al ser una estipulación libre y voluntariamente pactada por las partes, sin embargo para mantener el carácter variable del préstamo pactado, la recurrente decidió no aplicarlo, en interés exclusivo de la parte



prestataria, tomando como índice de referencia en su lugar la solución prevista por la Disposición Adicional 15ª para el caso de que no se hubiese previsto nada en la escritura, el IRPH Conjunto de Entidades más el coeficiente corrector previsto legalmente, solución esta que no deriva de una cláusula pactada entre las partes, sino de la solución legalmente y expresamente prevista en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, por lo que en cualquier caso resulta de todo punto improcedente que el préstamo hipotecario quede configurado como una prestación casi gratuita, y deberá aplicarse lo dispuesto en la ley anteriormente citada. En cuanto a las costas devengadas en la instancia, se afirma en el recurso que la estimación del mismo en cuanto al fondo ha de llevar a la íntegra desestimación de la demanda, y con ello, se impone la condena a la parte actora al pago de las costas, incluidas las de primera instancia, cuestión esta que sin perjuicio de lo que por esta Sala pueda resolverse, sobre el resto de las cuestiones planteadas por la entidad recurrente, ya ha obtenido respuesta por parte de este Tribunal, en las consideraciones expuestas en el anterior Fundamento de Derecho in fine.

TECERO.- En esta alzada la parte recurrente, no viene ya a cuestionar la intervención del demandante en la financiación hipotecaria en condición de consumidor, afirmando tan sólo que debe ser considerado como un consumidor cualificado, ello en orden al eventual análisis del control de transparencia relativo a la comprensibilidad real, por lo que, necesariamente hemos de partir en la resolución del recurso de la condición de consumidor de la que goza el demandante, siéndole por tanto, de oportuna aplicación la legislación tuitiva de consumidores y usuarios. Pues bien, respecto de la alegación relativa a la profesión de abogado del demandante, lo que en criterio de la entidad recurrente la convierte en un consumidor cualificado, a estos efectos forzoso es recordar que esta Sala ya tiene abordada la cuestión, pronunciándose sobre los criterios aplicables, y así, en Sentencia de 28 de enero de 2020, nos referíamos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2019, en cuya Resolución el Alto Tribunal vino a establecer como criterio que la intervención de un profesional conlleva que la cuestión deba ser resuelta entendiendo la comprensión real o material. Por otra parte también hacíamos referencia a la Sentencia del TJUE de 15 de enero de 2015 (C-537/13), que expresaba que "... el tribunal nacional ha de realizar esa

apreciación teniendo en cuenta dicha naturaleza y todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato (véase, en ese sentido, la sentencia Aziz, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 71, y el auto Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29)". E igualmente hacíamos cita de la Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14), que matizó que un abogado podía considerarse como consumidor cuando actúa con un propósito ajeno a su actividad, y además que *"...aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Šiba, C537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor"*. Y es el caso, que la entidad recurrente, en puridad no cuestiona que la cláusula controvertida no sea condición general de la contratación, sino que el prestatario contratante en un consumidor cualificado por ser abogado de profesión, con conocimientos de derecho hipotecario y administrador de una Sociedad dedicada al mundo inmobiliario, y que por ello, tiene un perfil cualificado, pero a juicio de esta Sala, aunque esa dedicación profesional del cliente prestatario, interviniente en la contratación como consumidor, facilitaría la comprensión del compromiso que asumía, ello lo sería siempre y cuando se hubiesen probado y acreditado que la entidad crediticia le proporcionó la información necesaria, y con el tiempo legalmente exigible, para que el prestatario estuviese en condiciones de valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas de la cláusula litigiosa sobre sus obligaciones financieras, lo que en el caso, como razonaremos no consta acreditado, como tampoco consta probado que por mucho que el demandante sea abogado, tenga conocimientos específicos y cualificados en materia financiera, lo cual, a mayor abundamiento, no pudo ser presumido por la mera circunstancia de que sea administrador de una Sociedad dedicada al mundo inmobiliario. Por otro lado, es de señalar que el hecho de que la escritura pública sea novación respecto de la inicial subrogación-novación en el préstamo hipotecario de la que trae causa, no eximia a la entidad crediticia de



cumplir las exigencias informativas a efectos de transparencia, ni antes, al tiempo de la subrogación-novación, ni al tiempo de la posterior escritura de novación, exigencias informativas de las que tampoco quedaba eximida la entidad prestamista, como tenemos reiterado hasta la saciedad, por la circunstancia de que la contratación quedase documentada en escritura pública que requiere de la intervención notarial, cuando la praxis habitual en las fechas en las que se otorgaron las escrituras (recordemos que en la escritura novatoria las condiciones modificadas se referían solamente a un periodo de carencia de capital de dos años, y a la ampliación de duración del préstamo), como es notorio, era la redacción de las escrituras de conformidad con las minutas proporcionadas por la entidad, limitándose el Fedatario, como es notorio insistimos, a una mera lectura rápida, e incluso por veces parcial y sesgada, de su contenido. Aclarado lo anterior, hemos de recordar que como primer motivo de apelación, en base al cual, prácticamente gira todo el recurso, aduce la entidad apelante que aunque el Juzgador a quo ha amparado su decisión en el TRLGDCU, y en la Ley 26/1.998, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, en realidad lo que ha llevado a cabo es someter los tipos de referencia litigiosos al doble control de transparencia a que se refirió el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, dictada en materia de cláusulas suelo, doctrina que la entidad recurrente estima no aplicable al caso, por cuanto nos encontramos ante dos supuestos completamente diferentes. Pues bien, ya en esta alzada no viene a cuestionarse expresamente por la parte apelante que las cláusulas referidas al IRPH Cajas y TAR-CECA, son condiciones generales de la contratación; ello es así, y como tal se reconoce en la Sentencia apelada, por lo que carece de sentido insistir en ello, pues el objeto del recurso es impugnar el Fallo, en relación con aquellos Fundamento de Derecho que lo sustentan, si bien esta cuestión no ha sido expresamente controvertida en el recurso; además ello, es decir, que las cláusulas litigiosas a las que queda constreñido el debate litigioso de la alzada, son condiciones generales de la contratación, está avalado por lo que se razonó en su día en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre del 2.107, que estudió y resolvió la naturaleza de las cláusulas relativas al interés remuneratorio variable y a los índices de referencia en su determinación, expresamente declaró que la cláusula relativa al interés variable y a su determinación puede considerarse como una condición general de la contratación. Aclarado todo lo anterior, seguidamente hemos de recordar a las partes que



sobre la materia litigiosa a la que ha constituido uno de los objetos de este Procedimiento, más concretamente, ya el objeto de esta alzada, son muchas ya las Resoluciones dictas por esta Sala, entre la que podemos referirnos a la Sentencia N.º 386/2018, de 30 de abril, por citar una de ellas, en las que hemos venido expresando una serie de consideraciones que resulta oportuno transcribir literalmente porque estimamos resultar de interés en orden a la resolución del recurso de apelación que nos ocupa, así, expresábamos en la Fundamentación Jurídica de dicha Resolución: << PRIMERO.- En la demanda iniciadora del procedimiento del que trae causa el recurso que se resuelve, se solicita la nulidad de la cláusula tercera bis 2 contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrita el 7 de junio de 2010 en la que se fija el tipo de interés de referencia aplicable tras los primeros 12 meses: "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro.", fundamentándose la nulidad de la misma en la infracción de las normas imperativas, falta de transparencia y su carácter abusivo de conformidad con la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación. La sentencia dictada en la anterior instancia desestima la demanda pues, acogiendo en su integridad la fundamentación jurídica contenida en la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de abril de 2015, reiterada en otras posteriores, concluye en que la normativa que dice infringida por la parte actora excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, en que no ha habido vulneración de la normativa que regula la contratación bancaria y en que tampoco nos encontramos ante un supuesto de falta de transparencia o de abusividad, sin que la actora haya acreditado que la demandada haya manipulado el interés de referencia ni que su determinación dependa exclusivamente de la entidad de crédito, tratándose de un índice oficial absolutamente controlado por el Banco de España, cuya aplicación conocían perfectamente los prestatarios al estar la cláusula redactada con claridad.

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia interpone recurso de apelación la demandante a fin de que sea estimada la demanda, pretensión revocatoria que fundamenta en unos argumentos que proceden ser desestimados en aplicación de la doctrina contenida en la reciente Sentencia Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 dictada en un caso idéntico al que es objeto de esta litis, y en dicha sentencia se resuelven todas las cuestiones



que se plantean en el recurso de apelación, en el sentido de desestimarlos, siendo sus conclusiones coincidentes con los fundamentos de derecho contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil objeto del presente recurso, y así, el Alto Tribunal, tras considerar que la cláusula cuya nulidad se pretende debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general de contratación, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que son necesarios para su calificación como tal, rechaza su nulidad en base a las siguientes consideraciones:

I. En el mercado bancario y financiero, uno de los sistemas de determinación del tipo de interés remuneratorio es el de interés variable, en cuyo cálculo se establecen dos elementos contractuales: a) El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo; y, b) El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: 1. Un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euribor o el ahora cuestionado IRPH); y, 2. Eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen.

II. El IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria. En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el



punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores, y así el art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 (en cuyo Preámbulo ya se indica). No puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente, lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública. Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo, en consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (Sentencia del Tribunal Supremo 367/2017, de 8 de junio).

III. En la cláusula cuya nulidad se insta (tercera bis 2 del contrato objeto de este litigio, y más concretamente en su apartado b), el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión. En cuanto al control



de transparencia, en las Sentencias del Tribunal Supremo 367/2017, de 8 de junio y 593/2017, de 7 de noviembre, se definió el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir: «4.- [...] además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.» 5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula». En las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017), se hizo referencia a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados, concluyendo en la segunda de ellas: «Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación,



esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.» Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó». En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

IV. Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración

estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito». Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí. La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

V. Si bien el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, esa circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia y, además, ha de tenerse en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor, habiendo insistido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato (Sentencia del Alto Tribunal Europeo de 20 de septiembre de 2017). Por otra parte, también ha de tenerse



en cuenta otra circunstancia, y es que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial. También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2010 por un periodo de 40 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 32 años que todavía quedan para su extinción, siendo inadmisibles que lo que se haga sea un control de precios, finalidad que se persigue al solicitar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado.

VI. El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establece, aparte de las normas de transparencia bancaria, el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso. Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba. No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación. Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que



hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

VII. Subyace bajo la argumentación del demandante recurrente que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible. Y en cuanto al comportamiento anterior a la firma de la escritura cuya nulidad de cláusula se insta, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando. Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura, y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara, resultando cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a



*ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios, de forma que por las mismas razones por las que la demandante recurrente solicita la nulidad de la referencia al IRPH, se podría solicitar una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor>>. En base a estos razonamientos, decidíamos absolver, y absolvíamos a la parte actora recurrente de la imposición de las costas causadas en la primera instancia, si bien confirmábamos la Sentencia en cuanto a la desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda. En similares términos, y sobre la misma materia litigiosa nos pronunciábamos también en la Sentencia N.º 399/2018, de 3 de mayo, Resolución esta en la que veníamos a razonar: << **PRIMERO.-** En la demanda rectora de la litis de la que trae causa el recurso que se resuelve, se solicita la declaración de nulidad de la cláusula tercera de la escritura pública de compraventa con subrogación y novación de hipoteca de fecha 21 de noviembre de 2006, relativa a los intereses ordinarios y variables, fijados por referencia al índice IRPH-Cajas y, la declaración de nulidad del supletorio IRPH Entidades. Basa su pretensión en la infracción por la entidad demandada de normas imperativas y en la falta de transparencia y el carácter abusivo de la referida cláusula, interesando en el suplico de su demanda, la declaración de nulidad de la misma y la condena de la entidad demandada a eliminarla de la escritura pública en que se inserta así como a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario, efectuando una petición principal y dos subsidiarias respecto de este último extremo: (i) con carácter principal, interesa que el recálculo de la cuota se realice sin intereses, de forma que los demandantes queden en lo sucesivo obligados tan sólo a devolver el capital; (ii) con carácter subsidiario, solicita que el referido recálculo se efectúe por referencia al Euribor; (iii) en caso de desestimación de las dos peticiones anteriores, que se recalcule la cuota por referencia al Euribor más el 0'10%. Por último, interesa la condena de la entidad [REDACTED] a devolver a la parte actora las cantidades resultantes del cobro de intereses, o del exceso en el cobro de los intereses, más los intereses legales de dichas sumas desde sus respectivos abonos, de acuerdo con la petición que finalmente se acoja de las tres planteadas y descritas anteriormente. La entidad financiera*



demandada interesaba la desestimación de la demanda, negando el carácter de condición general de la contratación de la cláusula IRPH, y, por ende, su sometimiento al control de abusividad.

La sentencia dictada en la anterior instancia estima la demanda, declara la nulidad de la cláusula controvertida, condena a [REDACTED], a eliminar los índices de referencia del préstamo, a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado, recalculando la cuota sin intereses, dejando de aplicar en lo sucesivo el IRPH Entidades, quedando obligados los demandantes a devolver sólo el capital prestado hasta su cancelación sin devolución de intereses remuneratorios, condena a la demandada a devolver a los actores las cantidades resultantes del cobro de intereses, más los intereses legales de dichas sumas desde sus respectivos abonos, incrementados en dos puntos desde el dictado de esta resolución, con imposición de costas a la parte demandada. Se basa dicha resolución en síntesis, en considerar que la cláusula controvertida es una condición general de la contratación, que cumple con el primer nivel de transparencia (control de incorporación), pero que no cumple con el control de transparencia cualificado, ya que de la prueba practicada se desprende que la entidad demandada no informó a los demandantes del significado real de la cláusula litigiosa, esto es, de cuál sería el interés remunerador que tendrían que pagar como contraprestación por la concesión del préstamo, no se acredita que la oferta vinculante fuera entregada a los demandantes, ni se aporta ni alude a la escritura pública modificativa, se desconoce la información previa a la novación que pudo darse a los actores, sin que exista prueba alguna de que tal deber de información se cumpliera, pesando sobre la parte demandada la obligación de información, que en la instancia se estima que no fue cumplida.

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandada que alega en el recurso error en la valoración de la prueba practicada e infracción de los artículos 7 LCGC, 217 LEC, y artículos 1 y concordantes de la Orden de 5 de mayo de 1994 y del art. 24 CE. Discrepa la parte apelante de la fundamentación de la sentencia recurrida que considera que la falta de aportación por la parte demandada de la oferta vinculante del préstamo acredita la pretendida falta de información al cliente, aduciendo: (i) que la entidad prestamista no estaba obligada a presentar oferta vinculante



del préstamo, ya que la subrogación en el préstamo hipotecario litigioso se firma ante notario el día 22 de noviembre de 2006, estando por lo tanto en vigor la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, superando la subrogación en el préstamo hipotecario, por importe de 360.397,79 €, el importe previsto en dicha norma que había de ser igual o inferior a 25.000.000 pesetas; (ii) que la cláusula impugnada cumple todos los requisitos de transparencia exigibles por la normativa en vigor, resultando la falta de transparencia apreciada en instancia contraria a la lógica y la sana crítica, ya que tanto el índice de referencia principal (IRPH CAJAS) como el índice sustitutivo (IRPH Entidades), eran en el momento de la suscripción del préstamo por los actores, índices oficiales, publicados por el propio Banco de España y, según la Disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, el índice IRPH CAJAS continuó siendo válido y apto a todos los efectos, hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre y, por tanto, la falta de transparencia que se atribuye a la parte apelante respecto de la inclusión del citado índice, basada en la falta de información suficiente al consumidor, es contraria a Derecho, ya que lo que se afirma en la sentencia apelada equivale a decir que la entidad bancaria estaba obligada vaticinar el futuro y a comunicarle al consumidor antes de firmar el préstamo cuáles iban a ser los tipos de interés variables durante toda la vida del mismo, en el caso presente, nada menos que 40 años, so pena de incurrir en causa de nulidad por falta de transparencia, siendo que en el presente caso, la información contenida en la propia escritura de préstamo sobre los índices de referencia que se aplicarán para el cálculo de los intereses variables, cumple sobradamente las exigencias de información al consumidor acreditado previstas en la normativa aplicable al caso y, además, tampoco se indica en la sentencia apelada si la nulidad apreciada por falta de información se ha traducido en una abusividad de la cláusula en cuestión y, en su caso, si se ha producido un desequilibrio grave de los derechos y obligaciones de las partes contratantes y en qué ha consistido el mismo y en qué modo se ha perjudicado el consumidor, lo que provoca indefensión a la parte, siendo lógico pensar que los demandantes estaban al tanto de los datos públicos y oficiales, siendo habitual en 2006, que en las hipotecas referenciadas al Euribor, el



diferencial fijo se situase entre 0,65 y 1 punto porcentual, mientras que si se referenciaba al IRPH CAJAS, ese diferencial rara vez superaban los 0,4 puntos porcentuales, o un 0,10 puntos en el caso de los demandantes; por lo que considera la parte apelante en definitiva, que cuando los actores suscribieron el préstamo objeto del pleito, realmente no existía una diferencia sustancial entre las condiciones de tipo de interés variable que fueron aceptadas y las que de contrario se dice que no hubiesen sido abusivas, esto es, Euribor más diferencial habitual de 0,65%, siendo cuestión distinta que con el paso de los años, nada menos que 10 años, el índice IRPH no haya alcanzado los mínimos históricos del Euribor. Se invocan por último en el recurso, diversas resoluciones de Audiencias Provinciales que resuelven en sentido contrario a la resolución de instancia.

TERCERO.- *Con carácter previo a la resolución del recurso hemos de pronunciarnos sobre la solicitud de la parte actora de suspensión del dictado de la sentencia resolviendo el recurso apelación, por haber sido planteada una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la nulidad de la cláusula de IRPH aplicado en los contratos de préstamo hipotecario. Igual solicitud ha sido resuelta en diversos procedimientos por esta Sala, siendo la primera resolución que hemos dictado, el Auto de 7 de febrero de 2018, Rec. 912/2017, en el que no accedíamos a la suspensión interesada, puesto que el criterio de esta Sala, desde la primera sentencia que dictamos sobre IRPH -coincidente en la fecha con la del STS de 14 de diciembre de 2017-, resolvió en el mismo sentido, no estimando la acción de nulidad. Se parte en dicho Auto de la incuestionable prevalencia del Derecho comunitario (art. 4 bis LOPJ) y de que la decisión de plantear la cuestión prejudicial corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional y, en el caso, no apreciando duda racional y fundada, respecto a la interpretación que deba darse al Derecho Comunitario, dado que se comparte el criterio y doctrina emanada del Tribunal Supremo, se rechaza plantear la cuestión prejudicial, por lo que no procede acceder a la suspensión del dictado de la Sentencia interesada por la parte actora.*

CUARTO.- *Para resolver el recurso hemos de estar por tanto a lo resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017, que es el criterio que precisamente acogió esta Sala en la primera sentencia dictada sobre la nulidad de la cláusula con índice de referencia IRPH, también de 14 de diciembre de 2017, siendo que nuestro Alto Tribunal*



dicta dicha Sentencia en un caso idéntico al que es objeto de esta litis -en el que también el contrato litigioso es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Consumidores y Usuarios núm. 1/2007- y en la que se resuelven todas las cuestiones que se plantean en el recurso.

El Tribunal Supremo en la Sentencia 667/17 de 14 de diciembre, declara en primer lugar, que puede considerarse como condición general aquella en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo cuando no consta que fuera negociada individualmente. Tras unas consideraciones previas sobre el origen del IRPH, con cita de la Orden de 5 de mayo de 1994 (ya derogada) que habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados a los préstamos hipotecarios a interés variable, y la regulación del mismo tras dicha autorización, se pasa a analizar el principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros, argumentando que la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los oficiales regulados, siendo a la Administración Pública a quien corresponde controlarlos, fuera de la jurisdicción civil. Por ello, concluye que el índice "como tal" no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores (art. 1.2), ni de la legislación nacional, ya que el art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas. Para el TS, sólo se puede controlar que la condición general de la contratación (CGC) por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Y en el caso concreto, se constata que la cláusula litigiosa gramaticalmente es clara y comprensible y supera el control de inclusión (como así también se establece la sentencia que es recurrida en apelación). En cuanto al control de transparencia, declara el Tribunal Supremo que habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable, tomando en consideración que: (i) al tratarse de índices oficiales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado; (ii) no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales; (iii) no era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se



determina el índice de referencia, al estar bajo la supervisión del Banco de España; (iv) no era exigible que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor, ya que el control ha de referirse al momento de celebración del contrato (STJUE 20/9/17 C-186/16). Considera además arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, siendo lo exigible que, que se trate de un índice legal y que en el contrato se describa el modo de variación del tipo, para hacer comprensible el precio del préstamo (a diferencia de los préstamos con cláusula suelo, en que se oscurecía la comprensión al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba). Añade que no cabe exigir que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo realmente relevante para el Tribunal Supremo, sobre todo en un préstamo con un plazo de duración tan elevado (35 años en el caso resuelto por el Tribunal Supremo y 40 años en el caso enjuiciado).

Por ello, de acuerdo con la anterior fundamentación de nuestro Tribunal Supremo, no podemos compartir con la resolución recurrida que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible. Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. Por ello, en tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje



más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando. Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura, y eso, declara nuestro Alto Tribunal, no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara, resultando cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%, salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios, de forma que por las mismas razones por las que la demandante solicita la nulidad de la referencia al IRPH, se podría solicitar una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor.

Por todo ello, el recurso ha de ser estimado, con la consiguiente desestimación de la demanda interpuesta. En cuanto a las costas causadas en la primera instancia, consideramos que dado que la sentencia apelada fue dictada antes de la STS de 14 de diciembre de 2017, en dicho momento, concurrían serias dudas de derecho respecto de la cuestión litigiosa que justifican su no imposición, debiendo tenerse en cuenta que el artículo 394.1 LEC dispone que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia 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, excepción ésta última de aplicación a la presente litis en la que, si bien la demanda ha sido íntegramente desestimada, son contradictorias las sentencias dictadas por distintos órganos judiciales sobre la misma cuestión discutida en la litis, siendo la primera Sentencia del Tribunal Supremo que resuelve sobre la misma la dictada el 14 de diciembre de 2017 -respecto de la que se ha formulado voto particular-, en la que se fundamenta esta sentencia



de apelación, posterior a la iniciación del procedimiento >>>. Todas estas consideraciones jurídicas, que además eran acordes a la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017, aplicadas oportunamente al caso, porque ofrecerían cumplida respuesta al recurso planteado frente a la Sentencia apelada, habrían conducido sin necesidad de mayor motivación y consideraciones, a la estimación del recurso deducido por la entidad demandada y, consecuentemente, a la revocación de la Sentencia apelada en el sentido suplicado. El problema que se nos suscita, es que, planteada ante el TJUE, por el Juzgado de Primera Instancia N.º 38 de Barcelona, cuestión prejudicial, en relación con las cláusulas IRPH, Asunto C- 125/18, el Tribunal Europeo marca doctrina en la Sentencia dictada por la Gran Sala el día 3 de marzo de 2020, doctrina la del Tribunal Europeo que sin duda es vinculante para este Tribunal, y que obliga a examinar la cuestión litigiosa, no desde los parámetros que exponíamos en las Sentencias anteriormente transcritas, sino desde la perspectiva de los parámetros y consideraciones expuestas por el TJUE en la citada Sentencia, que expresamente decide que los Tribunales nacionales han de resolver caso por caso, y aunque el TJUE en la Sentencia se refiere al IRPH Cajas, la doctrina que en la misma se expone, a juicio de esta Sala, resulta igualmente de oportuna aplicación al índice IRPH Entidades. Como precisa el T.J.U.E, en su Sentencia, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29), y en particular sus artículos 1, apartado 2, 4, apartado 2, 6, apartado 1, 7, apartado 1, y 8, petición que se presentó en el contexto de un litigio entre un consumidor y una entidad crediticia, en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio recogida en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes. En la Resolución en cuestión, el TJUE, señala el marco jurídico aplicable, Derecho de la Unión, Directiva 93/13, artículos 1, apartado 2, 4, 5, 6, apartado 1, 7, apartado 1, 8, y el Anexo de la Directiva; y Derecho Español, artículo 1.303 del Código Civil, Disposición Adicional segunda de la O.M de 5 de mayo de 1.994, artículos 8, 60, 80 y 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios



Bancarios; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que establece, en su Disposición Adicional Décimoquinta, que las referencias a los tipos previstos en el apartado 1 de dicha disposición y que desaparecen, entre los que está el índice de referencia basado en el tipo medio de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «IRPH de las cajas de ahorros»), serán sustituidas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato; en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato, la sustitución se realizará por el «tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. Seguidamente, tras centrar el litigio principal, en el parágrafo 22, concreta que el juzgado remitente expone en primer lugar que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (en lo sucesivo, «euríbor»), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España; a su juicio, la utilización del IRPH de las cajas de ahorro representa un coste adicional de entre 18.000 y 21.000 euros por préstamo; en el parágrafo 23, que el juzgado remitente se pregunta, a continuación, si el hecho de que el IRPH de las cajas de ahorro sea un índice regulado tiene como consecuencia que deba aplicarse la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, aun cuando la sujeción de las partes del contrato de préstamo al mencionado índice resulte de la aplicación de una cláusula del propio contrato; en el 24 que el juzgado remitente se pregunta también si debe informarse al consumidor del método de cálculo del índice de referencia y de su evolución en el pasado para que el propio consumidor pueda valorar la carga económica del préstamo contratado y que a este respecto, el juzgado remitente observa que, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección que el establecido por la Directiva 93/13, la excepción que se deriva del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español; en el parágrafo 25 que, por otra parte,



el juzgado remitente pide que se dilucide si, en el caso de que la cláusula controvertida no sea conforme con el Derecho de la Unión, la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euríbor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses serían conformes con la Directiva 93/13 la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euríbor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses. Y, en el párrafo 26, concreta como cuestiones prejudiciales planteadas las siguientes:

«1) [El IRPH de las cajas de ahorro] ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional del contrato?

2) a) Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no traspuesto[o] en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13 y a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

b) En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH [de las cajas de ahorros]?

i) Explicar cómo se configura [...] el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional [debe] conocer y transmitir que [debe] aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor



la evolución de este tipo específico en relación con el euribor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

c) Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente [examinar] el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su Derecho nacional, se pregunta al Tribunal si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y que, por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente[mente] no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH [de las cajas de ahorros]?

3) Si se declara la nulidad del IRPH [de las cajas de ahorros], ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13?

i) La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euribor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, [quien tiene la condición de] profesional.

ii) Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.»

Seguidamente, el TJUE, analiza cada una de las cuestiones prejudiciales planteadas, exponiendo toda una serie de argumentos que por ser de absoluto interés para decidir la cuestión litigiosa que nos ha sido sometida, pasamos a transcribir literalmente, aunque ello implique mayor extensión argumentativa de la Sentencia de esta Sala; así dice el Tribunal Europeo a partir del párrafo 38: << **Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)**

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



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

40 Procede observar con carácter preliminar que en el caso de autos el juzgado remitente ha planteado la segunda cuestión prejudicial, letra a), partiendo de la premisa de que no se ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

41 Por su parte, Bankia y el Gobierno español sostienen que, en las sentencias 406/2012, de 18 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5966), y 241/2013, de 9 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:1916), el Tribunal Supremo declaró que el legislador español había transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al Derecho nacional mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304). Esas mismas partes afirman que, según las citadas sentencias: en primer lugar, la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones», que figuraba en la legislación española antes de la adopción de la Directiva 93/13, fue sustituida por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» para limitar el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula contractual; en segundo lugar, que no puede darse un control propiamente dicho de precios ni del equilibrio de las prestaciones, y, en tercer lugar, que los elementos esenciales del contrato, si bien están excluidos del control de contenido, pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia.

42 No obstante, habida cuenta de lo precisado en el apartado 39 de la presente sentencia sobre el alcance de la segunda cuestión prejudicial, letra a), no es necesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español.

43 Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se



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

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

45 Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41).

46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriiciuc y otros, C-186/16,



EU:C:2017:703, apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 71).

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

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

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

49 A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 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, *Andriciuc 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, *Andriciuc 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, *Andriciuc 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 presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo



hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

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

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

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



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

Sobre la tercera cuestión prejudicial

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

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

59 En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53).

60 De este modo, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre



los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 54).

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

62 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda

restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada, y de 26 de



marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 57).

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

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

65 En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español



califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice 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.

Sobre la solicitud de limitación temporal de los efectos de la presente sentencia

68 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.

Costas

73 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

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

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con



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

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

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

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

CUARTO.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, venía en señalar que el IRPH, (refiriéndose al de Entidades), como índice, no podía ser objeto de control de transparencia, control de inclusión y claridad, más concretamente al control reforzado de transparencia. La reciente Sentencia del TJUE, a la que nos hemos referido con anterioridad y parte de cuya fundamentación hemos transcrito literalmente (Asunto C-125), se pronuncia respecto al planteamiento de la interpretación de una cláusula que fija el interés referenciado al IRPH Cajas, que fue sustituido con posterioridad por normas de derecho interno, por otro índice, con carácter imperativo, IRPH Entidades, Resolución en la que señala el Tribunal Europeo como una de sus primeras conclusiones, cual cabe colegir del estudio de la misma, la aplicabilidad del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, a efectos de incorporación y transparencia en elementos esenciales del contrato, expresando textualmente que “El artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1.993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que si está comprendida en el ámbito de la 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”; la primera conclusión por tanto, parte de que la normativa interna no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión, ni su aplicación supletoria en el caso de que las partes no hayan pactado otra cosa; si no es así, en palabras del TJUE “...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”, y, por lo tanto deben comprobar los requisitos de incorporación y transparencia, para lo cual, “...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". Según el TJUE, constituyen elementos especialmente relevantes para la valoración que el Juez debe realizar en relación con la transparencia, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del referido tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga interés de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación oficial el 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, y, en este sentido, la Sentencia, en sus apartados 53 y 54, expresa a tales efectos lo siguiente: <<...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 % >>; y que <<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 >>. Ciertamente el TJUE, en la Sentencia que examinamos, no viene a expresar que las cláusula



relativas al IRPH sean nulas e ineficaces per se, sino que lo que viene a clarificar es que esa eventual nulidad vendrá determinada en atención a la falta de transparencia a la hora de contratar con el consumidor, en los términos a que se refiere la Sentencia, y 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, y ello, por consiguiente, exigirá que el Juez nacional, caso por caso, lleve a cabo las correspondientes comprobaciones necesarias al respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionada por la entidad prestamista en el marco de la negociación del contrato de préstamo, es decir, tener en cuenta, como expresamente dice el TJUE, “el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración el contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieren comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance del compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste de su préstamo”; en definitiva, comprobar si en el contexto de la celebración del contrato, la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional. Pues bien, aplicadas al concreto caso que nos ocupa las anteriores consideraciones, y una vez examinada la actividad probatoria desplegada en la litis, en función propia de esta alzada, hemos de convenir que la cláusula controvertida no supera los umbrales de transparencia en los términos expresados, y por tanto, resulta procedente la declaración de nulidad de la misma pretendida por el demandante, ahora apelado, y estimada en la Sentencia recurrida, nulidad que si bien no puede ser declarada por el mero hecho de la diferente evolución que experimentó el IRPH en relación con el Euríbor, no obstante, sí ha de serlo por adolecer de la necesaria transparencia en la contratación, tanto en la inicial subrogación-novación, como en la novación que trae causa de aquella, recordemos, limitada a un periodo de carencia de capital de dos años, y a la ampliación de duración del préstamo. En efecto, las cláusulas litigiosas son perfectamente comprensibles en un plano formal y gramatical, pues, están ubicadas allí donde la lógica impone,

CLÁUSULA CUARTA.- INTERESES ORDINARIOS. (...). B 2) ÍNDICE DE REFERENCIA ADOPTADO (Tipo medio de Cajas de Ahorros de los préstamos hipotecarios



a más de tres años para adquisición de vivienda libre, IRPH CAJAS), y CLÁUSULA CUARTA.- INTERESES ORDINARIOS (...) B. 3) ÍNDICE DE REFERENCIA SUSTITUTIVO (Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorro, elaborado por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, TAR), y son de redacción gramaticalmente clara, dado que vienen a concretar que una vez transcurrido el periodo inicial a tipo fijo, Cláusula Cuarta A, el tipo de interés se convertirá en variable, como también concretan cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, Tipo medio de Cajas de Ahorros de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, IRPH CAJAS, y el sustitutivo, Tipo Activo de referencia de las Cajas de Ahorro, elaborado por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, TAR, índices oficiales, que se publican en el BOE, por lo que estaban a disposición del cliente si quería consultarlos, lo que implica que los elementos principales para el cálculo del mencionado tipo de interés era asequibles para la parte demandante que tenía intención de contratar el préstamo hipotecario; por lo que, a nuestro juicio, las cláusulas litigiosas, superarían, a priori, el primer nivel de transparencia, comprensibilidad en plano formal y gramatical, en los términos a que se refiere el TJUE en la Sentencia de 20 de marzo de 2020, y del artículo 80.1 TRLGDCU, conforme al cual “En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”, lo que no implica que no lleguen a superarlo en la práctica en el siguiente parámetro, ya que, como seguidamente exponremos, dada la ausencia de información alguna por parte de la entidad, tanto en la inicial subrogación-novación, como en la posterior novación, por mucho que el prestatario consumidor, fuese abogado de profesión, estuviera interesado en la modificación del préstamo que venía concertado con anterioridad, por mucho que las cláusulas sean comprensibles en un plano formal y gramatical, por mucho que la parte prestataria consumidora estuviera atenta y fuese perspicaz, y por mucho que los índices fuesen objeto de publicación, y por tanto de asequible consulta para el consumidor, carecía la parte prestataria de la información necesaria sobre los elementos que podían incidir en el alcance



del compromiso, para permitirle evaluar, en particular, el coste de su préstamo. Ello así, seguidamente se hace exigible, en orden al examen de la transparencia, analizar, como dice el TJUE, “el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración el contrato”, “verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieren comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance del compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste de su préstamo”; en definitiva, como ya hemos expresado anteriormente, comprobar si en el contexto de la celebración del contrato, la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional. Y en el caso que nos ocupa, esta Sala, de la actividad probatoria desplegada colige que, ciertamente, la entidad crediticia demandada, no cumplió con la diligencia que legalmente le era exigible, ni en la inicial subrogación en la cual no estaba eximida del cumplimiento del deber de informar al prestatario de las condiciones financieras del préstamo en el que se subrogaba, particularmente de las que tendrían incidencia en la comprensión por parte del mismo, de las consecuencias económicas potencialmente significativas de las cláusulas litigiosas sobre sus obligaciones financieras, respecto de lo cual nada se acredita, como tampoco en la posterior novación que trae causa de aquella, es decir, ni en una ni en otra, la entidad crediticia, en el contexto de la celebración del contrato cumplió con las obligaciones informativas que le venía legalmente impuestas; nada se prueba al respecto más la existencia de un mero Anexo que se limita a hacer referencia al IRPH, pero sin mayor especificación e información concreta sobre la evolución del índice en los dos años anteriores a la inicial subrogación y posterior novación, y menos aún que ese deber informativo se cumpliera con la antelación exigible, para que el prestatario pudiese suscribir, con pleno conocimiento, la contratación a la que quedó vinculado, no obrando prueba alguna al respecto; no consta entrega de oferta vinculante, con la debida antelación, si habría constituido un indicio relevante para poder inferir la existencia de información a la parte prestataria; tampoco se ha acreditado, reiteramos, que la parte prestataria fuese informada de cuál había sido la evolución del IRPH Cajas (tampoco del TAR-CECA), en los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato, ni al tiempo de la inicial subrogación, ni en la posterior novación, como tampoco del último valor disponible, particularmente no se ha probado que le fue suministrada información sobre la evolución en el pasado no solo del IRPH Cajas (tampoco del TAR-



CECA), tampoco del Euríbor, ni de otros índices oficiales que la entidades crediticias podían ofertar, entre los cuales estaba el citado Euríbor, por lo que no existe constancia probatoria alguna de información sobre los datos necesarios para que un consumidor medio, atento y perspicaz, como dice el TJUE, contase con la información necesaria para que estuviese en condiciones de conocer su forma de cálculo, y fuese consciente así, y valorase, las consecuencias económicas, potencialmente significativas de dichas cláusulas, sobre sus obligaciones financieras. No se ha probado la existencia de información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, todo lo cual fue negado por el prestatario en su interrogatorio, y la entidad demanda excusa la no acreditación de haber suministrado al cliente la información que afirma prestada, en la alegación de que una vez tramitado el expediente, no se guardaba para no acumular archivos, argumento este que se nos antoja pueril, vana excusa, y contrario a toda lógica y a una buena praxis bancaria, y ello evidencia que la entidad prestamista, realmente no advirtió al prestatario del verdadero alcance de las cláusulas, no habiendo aportado la entidad demandada prueba alguna al respecto, y teniendo en cuenta que el prestatario es una persona física que tiene la condición de consumidor, la entidad bancaria debió cumplir con su obligación legal de información, de modo tal que éste, consumidor atento y perspicaz, pudiera tener conocimiento real y posibilidad de evaluar las consecuencias económicas del préstamo; falta de transparencia que sitúa al consumidor, en cuanto su comprensibilidad real, en una situación de perjuicio comparativo, y de desequilibrio respecto de la posición mantenida por la prestamista, debiéndose concluir así que las cláusulas IRPH Cajas y TAR-CECA no superan los umbrales de transparencia. No consta que se proporcionase al prestatario información alguna sobre la posibilidad de referenciar el préstamo a otros índices, ni consta prestada información alguna sobre las comisiones aplicables, con las tarifas de comisiones, condiciones de valoración y gastos repercutibles a clientes según O.M de 12 de diciembre de 1.989 y Circular del Banco de España 8/1.990, de 7 de septiembre, ni simulación informativa del cuadro de amortización teórico del préstamo hipotecario, con la debida antelación a la firma de escritura pública, todo lo cual permite inferir que la parte demandante no fue informado debidamente por la entidad, y con la antelación exigible, de las características del préstamo, en particular de que tratándose de un préstamo a interés



variable, la determinación del importe de las cuotas mensuales se haría, de conformidad con lo pactado en la escritura, en función del tipo de interés de referencia, IRHP Cajas, vigente en cada periodo, todo lo cual determina la falta de transparencia exigible en la contratación, que finalmente culminó con el otorgamiento de las escrituras públicas, que se suscribieron sin haber recibido la parte prestataria la información necesaria como para conocer realmente lo que estaba contratando. En definitiva, en atención a los razonamientos expuestos, insistimos, aún a fuer de resultar reiterativos, no podemos sino concluir que, en el caso concreto que enjuiciamos, la cláusula relativa IRPH Cajas, y la referida al sustitutivo y TAR-CECA, controvertidas, son cláusulas abusivas por falta de la transparencia exigible, y como tales nulas; insistimos, en el caso concreto examinado, y en atención a las circunstancias expuestas sobre la ausencia de información por parte de la entidad a la parte prestataria en el marco de la concertación del préstamo hipotecario. Procede, a la postre, y sin necesidad de mayores consideraciones, desestimar esta primera cuestión litigiosa planteada en el recurso de apelación y, consecuentemente, confirmar la Sentencia en cuanto a la estimación de la pretensión de declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas, por las razones expuestas en la presente Resolución.

QUINTO.- En cuanto a las consecuencias inherentes a la declaración de nulidad de las cláusulas IRPH CAJA y TAR-CECA, no podemos compartir la decisión de instancia, y, en este sentido, sí procede estimar en parte el recurso de apelación, en el sentido que se dirá. A tales efectos no resulta ocioso recordar lo que expresa el TJUE, en relación con la tercera cuestión prejudicial: *<< 57 Mediante su tercera cuestión prejudicial, el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, y en defecto de pacto en contrario entre las partes, el juez nacional sustituya tal índice por un índice legal o imponga al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses.*



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

59 En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53).

60 De este modo, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 79, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 54).



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

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

63 Si, en una situación como la descrita en el apartado 58 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón,



penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 83 y 84, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 58).

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

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

Sobre la solicitud de limitación temporal de los efectos de la presente sentencia

68 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 todo lo cual, y en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el TJUE declara:

<< 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>>.

Conforme a la doctrina del TJUE, y a la Directiva 93/13, en relación con la LGCGC y TRLGDCU, es obvio que debe dejarse de aplicar las cláusulas abusivas, con la finalidad de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, siendo que en el caso, la parte demandante y consumidora, no se opone a ello porque expresamente así viene a interesarlo en la demanda al suplicar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas, y lo reitera en esta alzada. El problema que seguidamente se nos plantea es el de determinar los efectos inherentes a esa declaración de nulidad e inaplicación de la cláusula declarada nula. A tales efectos, resulta necesario recordar que la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios (BOE de 29 de octubre de 2011), recogía la desaparición de determinados índices oficiales si bien con régimen transitorio hasta la aprobación de una norma legal que así lo recogiera. En la nota informativa de 30 de abril de 2013 sobre la publicación de determinados tipos de interés de referencia de los préstamos hipotecarios a tipo variable, se explicaba dicha situación. Dicha orden fue modificada por el apartado 1.d), con efectos de 1 de julio de 2020, por la disposición final 3.1 de la Orden ECE/1263/2019, de 26 de diciembre. Ref. BOE-A-2019-18677. La norma regula los que serán tipos de interés oficiales conforme a la habilitación



incluida en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (hoy recogido en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de Crédito). La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito. En el artículo 26 se recoge que *“en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.”* Y en el artículo 27 se hace referencia a los tipos oficiales: *“a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro. c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años. d) Euribor a un año. e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años. f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro”*. Por su parte la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, recogía en su Disposición Adicional Decimoquinta el régimen de transición para la desaparición de determinados índices o tipos de interés de referencia. Así y conforme a ello establecía lo siguiente: *“1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años,*



para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. 3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. 4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición". Es preciso igualmente traer a colación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, que viene a recoger en su artículo 21 que el tipo de interés del préstamo no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario durante la vigencia del contrato, salvo acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito. De existir acuerdo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. 2. En caso de que el contrato de préstamo tenga un tipo de interés variable, los prestamistas podrán utilizar como índice o tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas. c) Los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento



matemático objetivo. 3. En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés. 4. El interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo. Es por ello que el artículo 5 de la citada Ley 10/2014 recoge que *“Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios”*. Es un límite a todo lo anterior lo recogido en los artículos 86 y siguientes del TRLGCU 1/2007 y concordantes sobre las cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor. La Sentencia del TJUE, tantas veces citada, de 3 de marzo de 2020 (Asunto C-125/18), al interpretar la aplicación del índice sustitutivo en caso de declaración de nulidad se hace eco de la DA 15 antes citada. A tal efecto señala: *“...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”*. El Tribunal Supremo ha estudiado el supuesto de supervivencia del contrato; en la primera de sus Sentencias sobre vencimiento anticipado (Sentencia de 11 de septiembre de 2019), señalaba: *“Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la*



subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario". Al configurar los préstamos mercantiles, el Código de Comercio viene a recoger (artículo 314), que los mismos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito. Pero como esta Sala tiene ya expresado, la práctica bancaria ha hecho que el mismo se desarrolle a partir del mercado interbancario esencialmente y por lo tanto como aquella actividad mediante la cual la entidad autorizada entrega una cantidad de dinero a cambio de un precio que se determina mediante el interés. Es decir el interés remuneratorio es un elemento estructural o esencial de ese préstamo en donde impera la libertad contractual de las partes, pero con límites a efectos de proteger al consumidor tal y como lo hemos definido anteriormente. En consecuencia y a partir de ello la eliminación del interés afectaría (1.261 del Código Civil), a la nulidad de dicho contrato, y por tanto a que el mismo no pudiera subsistir (con efecto ex tunc), sin ese elemento. Ello nos lleva a aplicar los artículos 65 TRLGDCU 1/2007, 57 del Código de Comercio, y 1.258 del Código Civil, y por tanto los usos y la buena fe. De conformidad a lo anterior tendremos por tanto que considerar que ese elemento que las partes inicialmente tenían determinado en el contrato y que se hemos declarado nulo como consecuencia del análisis necesario que hemos llevado a cabo, debe conllevar (también por lo interpretado por la citada STJUE), la sustitución del mismo una vez declarado nulo. Para ello deberemos atender entonces a: 1º) la existencia de acuerdo entre las partes; 2º) en defecto de lo anterior a fijar un precio conforme a los criterios de las normas internas que hemos señalado. El anterior punto nos lleva a analizar si el índice sustitutivo a aplicar será siempre en estos casos el IRPH Entidades, o es posible su sustitución por otro, en defecto de acuerdo entre las partes, en función de lo pedido en la demanda o por ser más favorecedor al consumidor y equilibrado entre las partes por las circunstancias que lo rodean. Y en este punto debemos distinguir nuevamente: A) Por un lado, aquellos préstamos que nacieron inicialmente con un concreto índice IRPH entidades. En estos supuestos debemos entender que opera la valoración realizada por el TJUE y el



resto de nuestra normativa de igual forma. Es decir, habrá que analizar si es comprensible en un plano formal y gramatical, y si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esta 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. Valorando las mismas circunstancias señaladas se llegará a igual o diferente conclusión y por tanto de no cumplirse las mismas deberá ser declarado nulo y sustituido por otro. Por otro lado aquellos préstamos que, por imperativo legal, cambiaron de IRPH-CAJAS a IRPH ENTIDADES. En este supuesto la interpretación puede ser en principio distinta: Por un lado, entender que como ha sido sustituido por imperativo legal resultará por ello que esa inicial remuneración abusiva ha dejado de existir por ello. Por otro lado, entender que el consumidor se ha visto vinculado a este índice fijado por imperativo legal precisamente por esa nulidad anterior y que por tanto puede ser sustituido por el juzgador conforme a la misma valoración que para el anterior supuesto. En este segundo supuesto debemos indagar más en la norma. La Ley 14/2013 recoge en su exposición de motivos el porqué de dicha sustitución: *“Por último, se regula el régimen de transición para la completa desaparición de determinados índices o tipos de referencia privados de carácter oficial por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario”*. La citada orden lo justificó también conforme a lo siguiente: *“La modificación responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito.”* De entre las razones dadas las dos últimas son interesantes: 1º. Por un lado, la necesidad de dar alternativas. 2º. Por otro lado adaptar los mismos al coste real de las entidades de crédito. En este sentido el artículo 29.1.5º de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, motivadora de todo ello, vino a recoger que *“Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos*



bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago”. Al recoger la Disposición Adicional Decimoquinta la sustitución de los anteriores a la misma por los nuevos referentes recoge, tal y como ya hemos señalado, lo siguiente: “En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo”. Por lo tanto nos remite en primer lugar a lo pactado. De esta forma si lo pactado no lo fue porque ha sido declarado nulo precisamente por tratarse de una condición general de la contratación y tras ello abusiva, no es posible atender a lo que allí se establezca. La consecuencia no puede ser la aplicación sustitutiva necesariamente, sino aquella que pudiera el Tribunal establecer a petición de parte, en defecto de pacto, y en protección del consumidor. Evidentemente entre ellas podría situarse el que se ha previsto como sustitutivo atendiendo a dicha protección, lo que en el caso, salvo pacto en contrario entre las partes, en virtud de todo lo expuesto, no es posible. Lo anterior es consecuente con lo previsto en el considerando 67 de la referida Sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE: “...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.” Por tanto en caso de nulidad declarada primará, en primer lugar el acuerdo de las partes, y, en segundo



lugar el índice legal a falta de acuerdo de las partes. Lo anteriormente expuesto, por tanto, nos lleva a esos efectos que han de determinarse y en concreto al interés aplicable por un lado, al diferencial por otro, y a la devolución posible de cantidades que pudiera determinar su nueva remuneración. Al evaluar la bondad o no de los índices de referencia aplicable debemos estar al ya citado artículo 27 de la Orden de 2011 en donde se recogen diferentes. El Banco de España ya recoge y reconoce (ver por todas la Nota de prensa de 1 de julio de 2019 al respecto y los estudios que así lo avalan) que "El principal índice dereferenciadelospréstamoshipotecarioseseleuribor(https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/NotasInformativas/19/presbe2019_41.pdf). El euríbor se calcula con los datos de las principales entidades de la zona del euro y consiste en el tipo de interés medio de contado que ofrecen las entidades para las operaciones de depósito de euros a plazo de un año y no a tres o a cinco como pueden recogerse otros y que ponderan más una situación que mezcla posibles subidas y bajadas más a largo plazo. Si atendemos al objetivo de dicha Orden, que ya hemos citado, se trata de armonizar lo más posible (era la primera razón para la eliminación) el mercado europeo de este tipo de productos. Por lo tanto, el que determina el tipo medio en España sería directamente excluido. Esa armonización, tratándose de una valoración a un año, supone un mejor acercamiento y protección para el consumidor. Respecto del diferencial las partes podrían haber recogido alguno, pero en cualquier caso ocurre igual que con el anterior principal y es que al ser declarado nulo partimos de una condición general de la contratación que sería abusiva, en su caso, lo que nos lleva a que tampoco el consumidor tuvo nada que decir aquí. No es posible por tanto aplicar el mismo en tanto no suponga, conforme hemos señalado, adecuar el mercado al coste efectivo y real del producto. La norma sustitutiva recogería en este caso que el mismo sería conforme a lo siguiente: *aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el nuevo, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo*. El índice aplicado en la revisión de la cuota del préstamo será el resultado de sumar el diferencial obtenido con dicho cálculo al tipo medio de los préstamos hipotecarios así referenciados, al que se deberá añadir el diferencial que tuviese en su escritura de préstamo hipotecario.(Para su cálculo el Bde pone a disposición un simulador en



https://app.bde.es/asb_www/es/diferencial.html#/principalDiferencial). Pero, en principio, parecería contradictorio establecer que la suma a la que se refiere es la correcta, porque por un lado toma en cuenta la media considerando el sustitutivo recogido en la Ley 14/2013 y la Orden de 2011, y por otro el que las partes tuvieran que, como hemos dicho, queda fuera de pacto. No obstante, hemos señalado que una de las posibilidades previstas legalmente, en interpretación del TJUE es también la aplicación del índice IRPH Entidades, por ser legalmente establecido. Ello dependerá, como hemos señalado, de la voluntad de las partes y en su defecto de aquello que favorezca al consumidor y las circunstancias del producto. Pero no es posible la suma, a dicho diferencial así calculado, del que las partes tuvieran en dicho contrato pues el mismo ha quedado inutilizado por dicha declaración de nulidad. Por lo tanto, esa media del nuevo pondera bien sin más. Lo que ha querido la norma es ponderar el desaparecido por el nuevo con la media aritmética de las diferencias, pero partiendo de la validez de los mismos. Una opción sería aplicar la media del diferencial en supuestos de Euribor y otra el cálculo del diferencial conforme a dichos criterios y considerando el tipo existente en el contrato. En estos supuestos es más conveniente atender al tipo fijado en sustitución de forma exclusiva pues la media del diferencial se adecúa más al coste real a este tipo para las entidades financieras y por tanto al precio que debió fijarse por el producto. De otra forma al ser superior el interés fijado el diferencial resultaría en ocasiones incluso negativo, algo que proscriben nuestras normas tras la regulación señalada de la LCCI. El nuevo índice aplicable (referencial), al que se le suma el diferencial que hemos señalado en el punto anterior nos dará el interés que debió ser aplicable en cualquier caso desde que se aplicaba el anulado. Por tanto, la diferencia de cantidades pagadas entre el anterior y el nuevo nos dará la cuantía que se ha cobrado, en su caso, de más al consumidor y por lo tanto determina la condena al pago de la misma que deberá en cualquier caso calcularse en ejecución de Sentencia. En la Sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 2019 dijimos: Que a ello se le apliquen los intereses en la forma prevista en la sentencia obedece al criterio que hemos señalado: quien impone y predispone una cláusula de este tipo está desplazando el pago ilícitamente desde su lado al lado del consumidor y por lo tanto aunque estos pagos se realicen a terceros se trata de una deuda de valor que debe actualizarse conforme a dichos intereses y por lo tanto vendrá igualmente responsable quien debió pagarlos y no lo hizo en



la forma y cuantía en que debió hacerlo. Se trata de una aplicación de la doctrina general de las obligaciones que además ya ha sido resuelta también por el Tribunal Supremo en la Sentencia 725/18 de 19 de diciembre: “En consecuencia, para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido -en este caso, se produjo el beneficio indebido- (sentencia 727/1991, de 22 de octubre). A su vez, la sentencia 331/1959, de 20 de mayo, declaró, en un supuesto de pago de lo indebido con mala fe del beneficiado, que la deuda de éste se incrementa con el interés legal desde la recepción, así como que la regla específica de intereses del art. 1896 CC excluye, «por su especialidad e incompatibilidad», la general de los arts. 1101 y 1108 CC (preceptos considerados aplicables por la sentencia recurrida)”. Este es el mismo criterio seguido, entre otras por la Sentencia 49/19 de 23 de enero cuando señala: “El art. 83 TRLCU prohíbe la denominada reducción conservadora de la validez, o integración del contrato. Ahora bien, según su propio tenor, el contrato seguirá subsistente si puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Como ya hemos indicado antes, cuando hablamos de gastos de la operación no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista, como intereses o comisiones, sino de pagos que han de hacerse a terceros, bien en concepto de honorarios por su intervención profesional en la gestión, documentación o inscripción del contrato, bien porque el mismo está sujeto al devengo de determinados tributos. Y la declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que se los impone en todo caso al consumidor, no se modera la estipulación contractual con infracción del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y en el art. 83 TRLGCU, sino que, por el contrario, decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido (rectius, predispuesto), debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico. El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es



directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Como dice la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/2016: "34. [...]la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva". Hemos dicho en la sentencia de pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía". En resumen, declarada la nulidad del índice, del sustitutivo, y diferencial aplicables por ser condiciones generales de la contratación, el índice legal que debe y debió ser aplicado desde el principio en lugar del mismo, será el Euribor por ser el mayormente utilizado en el mercado europeo. A este se le sumará el diferencial calculado conforme señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, si bien a este no se le podrá sumar el diferencial que las partes tuvieran en el contrato. Todo ello deberá



adecuarse a los efectos de las cantidades pagadas de más desde el principio del contrato en cuanto a las diferencias entre uno y otro y conllevaran los intereses aplicables conforme al artículo 1303 del Código Civil, desde que efectivamente se abonó por haberlo establecido así el Tribunal Supremo, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 576 de la L.E.C. Ello, no obstante, en el bien entendido, como dice el TJUE en la Sentencia analizada, de que lo será, en defecto de acuerdo entre las partes, lo que obliga necesariamente a considerar esa posibilidad, y, solo en el caso de que las partes no alcancen acuerdo alguno en otro sentido, será aplicable, el índice que hemos señalado en la forma expresada, porque expresamente así lo contempla el TJUE, al expresar en la Declaración 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 >>.*

SEXTO.- No obstante ser estimado en parte el recurso de apelación, debemos confirmar la Sentencia en lo que al pronunciamiento de costas devengadas en la instancia se refiere, porque lo que no cabe olvidar es que en la demanda rectora de esta litis, y en relación con la escritura otorgada el día 21 de abril de 2009, por la que se modificó parcialmente la escritura de subrogación en préstamo hipotecario otorgada el día 3 de noviembre de 2006, se suplicaba la declaración de nulidad de la cláusula que establece como índice de referencia principal el “Tipo medio de Cajas de Ahorro de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre” (en adelante IRPH Cajas); de la cláusula que establece como índice de referencia sustitutivo el “Tipo Activo de Referencia de la Confederación Española de Cajas de Ahorros de los dos meses anteriores (en adelante, TAR-CECA); de la cláusula que establece un límite mínimo a la variación del tipo de interés del 4,90% (cláusula suelo); y de la cláusula que establece un interés de demora del 22,50% en caso de impago (cláusula interés de demora); y efectos inherentes a todo ello; la Sentencia



estima las pretensiones de declaración de nulidad de las referidas cláusulas, y condena a la entidad crediticia demandada, a eliminar dichas cláusulas del préstamo hipotecario, teniendo las mismas por no puestas ni incorporadas al contrato, absteniéndose de aplicarlas en el futuro; igualmente, a la devolución al prestatario demandante de las cantidades que han sido abonadas de más por el mismo en cumplimiento del contrato, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas desde el inicio de su aplicación, sin limitación temporal, es decir, desde el principio del contrato, así como todas aquellas cantidades que en aplicación de dichas cláusulas vaya cobrando la demandada durante la tramitación del procedimiento y hasta la resolución definitiva del litigio y eventual ejecución, cantidad que, en lo referido al IRPH, vendrá constituida por la diferencia entre el interés que hubiera procedido abonar según el contrato si no hubiera existido el índice de referencia de la Cláusula Cuarta B, 2 y 3, sin aplicar índice de referencia alguno, sino únicamente, en cuanto a los intereses ordinarios o remuneratorios, el diferencial convenido, ni la citada "cláusula suelo" (Cuarta B, 6), y el interés efectivamente abonado, y ello conforme al cuadro de amortización del préstamo recalculado al tipo del 0,25% menos la cuota de bonificación que pudiera corresponder, sin aplicación de las cláusulas declaradas nulas, que habrá de presentar la demandada y condenada en el plazo que se le señale al efecto, y ello imputando todos los pagos efectuados por el prestatario por todos los conceptos al abono de los intereses ordinarios y a la amortización de intereses y capital del préstamo; quedando fijado como interés de demora el interés ordinario o remuneratorio ya señalado en esta sentencia; más el interés legal de la cantidad resultante de la anterior liquidación desde la fecha de cada cobro indebido; con aplicación desde la fecha de esta sentencia de lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.C. Es decir, la Sentencia, en lo que a las cláusulas de IRPH Cajas y del sustitutivo TAR-CECA se refiere, declara su nulidad, condena a la demandada a su eliminación del contrato, así como a devolver al demandante todas las cantidades que hubiere cobrado la entidad por este concepto, junto con los intereses legales, desde la fecha de los respectivos cobros, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la L.E.C; por lo que se refiere a la cláusula suelo condena a la demandada a su eliminación del contrato así como a devolver al demandante las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la misma; y por lo que se refiere a la cláusula relativa al interés de demora, decide tenerla por no puesta y condenar



a la demandada en los términos que señala. De lo expuesto se colige que, no obstante la estimación en parte del recurso, que se limita a revocar en parte la Sentencia, únicamente en cuanto al índice de referencia aplicable al préstamo (y diferencial), salvo que las partes otra cosa puedan acordar, confirmándose la Sentencia en todo lo demás, la estimación de la demanda, es total, o, cuando menos sustancial, lo que a efectos de costas, como la jurisprudencia equipara estimación sustancial a estimación íntegra, se traduce en la aplicación del vencimiento objetivo que como regla general consagra el artículo 394 de la L.E.C.

SÉPTIMO.- Estimado en parte el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 398.2 de la L.E.C, no procede hacer especial imposición, a ninguno de los litigantes, de las costas procesales devengadas en la alzada

Vistos los artículos citados y los demás de legal y oportuna aplicación al caso,

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación formulado por la representación procesal de [REDACTED] frente a la Sentencia dictada el día fecha 28 de marzo de 2017, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Número 3 de Marbella, en los autos de Juicio Ordinario N.º [REDACTED] a que este Rollo de Apelación se refiere, y, en su virtud, debemos revocar y revocamos en parte dicha Resolución, en el único sentido de disponer como índice aplicable al préstamo, en defecto de acuerdo entre las partes, el Euribor más el diferencial conforme a lo expresado en la fundamentación jurídica de esta Sentencia, diferencial medio Euribor a la fecha de la Sentencia, y, por tanto afectando a la liquidación a presentar, conforme a la Sentencia, considerando la diferencia entre el aplicable y el que resulta anulado, más intereses en la forma expuesta en el Fundamento de Derecho Quinto, condenamos a la entidad demandada a restituir al actor la cantidad resultante, que se determinará en ejecución de Sentencia conforme a las bases expuestas en



el Fundamento de Derecho Quinto de esta Sentencia; confirmándose la Sentencia en todo lo demás, no haciéndose especial imposición, a ninguno de los litigantes, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2017.

Devuélvanse los autos originales con certificación de esta Sentencia, al Juzgado del que dimanen para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/