

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6 DE CASTELLÓ

N.I.G.: [REDACTED]

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - [REDACTED]/2020-PE

De: D/ña. [REDACTED] y [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

Contra: UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS

Procurador/a Sr/a. [REDACTED]

SENTENCIA Nº 000155/2022

CASTELLÓ, a uno de febrero de dos mil veintidós.

Vistos por mí, Tomás Garrido Sánchez, Juez de Refuerzo en el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Castellón, los presentes autos del Juicio Ordinario [REDACTED] 2020, promovidos por la Procuradora de los Tribunales Dª. [REDACTED] en nombre y representación de **Don [REDACTED] y Doña [REDACTED]** bajo la dirección letrada de D. José María Erasquin Vázquez, y la entidad **UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO**, representada por la Procuradora Dª [REDACTED] sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. [REDACTED] en nombre y representación de Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] interpone demanda de juicio ordinario en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia estimatoria de su pretensión.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada por término de veinte días, quien no se personó en legal forma y plazo por lo que fue declarada en rebeldía procesal por Diligencia de Ordenación, y se señaló el acto de la audiencia previa.

TERCERO.- En la Audiencia Previa, concurrió únicamente la parte actora que se ratificó en sus pretensiones y se llevó a cabo el acto de conformidad con lo prevenido en el art 414.3 LEC, y la demandante propuso prueba, se admite y declara pertinente, documental obrante, por lo que, no interesando la celebración de vista oral al constreñirse el debate a una cuestión meramente jurídica, de conformidad con el art 429.8 Lec quedaron los autos conclusos para el dictado de la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según se desprende del art. 217.3º LEC incumbe a la parte actora acreditar los hechos en que funda sus pretensiones, lo que debe ponerse en relación con el art. 496 de la LEC, en virtud del cual la declaración de rebeldía no implica admisión de los hechos.

SEGUNDO.- La demandante ejercita acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación insertas en el contrato de préstamo concertado con la demandada al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 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 (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente, interesa un pronunciamiento condenatorio por el que se declare:

1.- Se tenga nula por abusiva, sin posibilidad de desplegar efecto alguno, íntegramente la Cláusula Tercera Bis del contrato que nos ocupa, y que, como consecuencia inherente a la declaración de nulidad, la demandada UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS (U.C.I.) reintegre a mi representada cuantas cantidades detrajo por su aplicación, tanto por aplicación de IRPH CAJAS como por aplicación de IRPH ENTIDADES, junto con sus intereses legales, continuando el contrato su devenir sin más obligación que la de satisfacer las cantidades correspondientes a la amortización de capital.

SUBSIDIARIAMENTE - En cuanto a los efectos que han de derivarse como consecuencia de la íntegra nulidad de la cláusula TERCERA bis - TIPO DE INTERÉS ORDINARIO y para el supuesto de que se entendiera la imposibilidad de subsistencia del contrato sin dicha cláusula:

a) Previo a ejercer la facultad excepcional de integración que le otorga el TJUE, nos dé traslado a fin de que mis representados opten, tal y como establece la STJUE 260/18, de 3 de octubre de 2019, entre la nulidad del contrato o su integración.

b) Si se acordara la integración, se sustituya el tipo de referencia del interés remuneratorio, IRPH por Euribor, reintegrándose, por parte de la entidad demandada, a mis representados, cuantas cantidades representen la diferencia entre, lo cobrado por la aplicación de IRPH en sus dos versiones y, lo que hubiera debido cobrarse por aplicación del Euribor, junto con los intereses legales, que a dichas cantidades, resultado de la diferencia, le sean aplicables.

2.- Se declare nula por abusiva la Cláusula CUARTA del contrato de préstamo suscrito, en el apartado referido a LA COMISION DE APERTURA, y como consecuencia de la citada declaración, la demandada U.C.I. reintegre a mi representado la totalidad de lo abonado por éste en el citado concepto, 4.940 euros, junto con los intereses legales y procesales que dicha cantidad pudiera generar hasta su efectivo pago por la demandada.

3.- Se declare nula por abusiva la Cláusula QUINTA del contrato de

préstamo suscrito referida a LOS GASTOS HIPOTECARIOS, con expulsión de la citada cláusula del contrato, y como consecuencia de la citada declaración, la demandada U.C.I. abone mi representado la totalidad de los gastos en concepto de Aranceles Registrales, y la mitad de los Gastos de Aranceles Notariales y de Gestoría.

TERCERO.- Entrando a conocer sobre el fondo del asunto, son hechos probados, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

Los demandantes, en condición de consumidores, sin información previa facilitada por la entidad bancaria, suscribieron, en fecha 22 de febrero de 2.007 con la entidad demandada, una ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, otorgada ante la Notaria D^a [REDACTED] bajo su protocolo nº [REDACTED] (*documento número 2*). El préstamo ascendió a un importe de 247.000 euros de principal, fijándose un plazo de amortización de 480 meses, así como el interés que regularía la vida del préstamo hipotecario, de tipo variable. En garantía de la devolución del préstamo concedido se constituyó hipoteca sobre la finca que era de su propiedad.

Resultando controvertido, según escrito de la demanda, la cláusula Tercera Bis que, establece el tipo de interés variable de aplicación como el de IRPH, la cláusula Cuarta, apartado A, que impone a los prestatarios el pago de una comisión de apertura, y la cláusula Quinta que impone a los prestatarios, el pago de todos los gastos ocasionados por la suscripción del contrato de préstamo hipotecario.

Las cláusulas impugnadas expresadas, son condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado por el empresario predisponente con un consumidor.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio, es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La *sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13* insiste en los mismos razonamientos que la *STS de 09.05.2013* : "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la *Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013)*. En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-párrafo 144; **a)** El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula

contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; **a)** la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Ahondando en esta cuestión, la *Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014*, señala que: el *art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE*, del Consejo, conforme al cual "(s)e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el *art. 281.4º LEC* y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (*SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013*), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el *art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo* de 5 de abril, y en el *art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU*, según el cual "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Es un hecho notorio que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera, y en el presente supuesto no se ha desplegado prueba alguna que, en todo caso, acredite someramente que las cláusulas controvertidas hubieran sido negociadas con el cliente de la entidad financiera y dicho empresario predisponente tendría que acreditar la efectiva e

individual negociación de las cláusulas cuestionadas para evitar que sean consideradas condiciones generales de la contratación.

No lo hace de ningún modo.

Por tanto, es incuestionable que nos encontramos en el ámbito de la contratación seriada con consumidores y usuarios a la que resulta de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la contratación y normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores.

CUARTO.- En cuanto al doble control de transparencia. La jurisprudencia mayoritaria entiende que debe someterse a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia -doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores.

La *Sentencia del TS de 08.09.2014*, dice que ya adelantaba en *S. de 09.05.2013* y ha reiterado después en *SS de 24 y 25.03.2015*, de *29.04.2015* y de *23.12.2015*:

" 6 . Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR- LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, *STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)* .

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que, en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de

transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

El control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor ". Pero además, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los

elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

En cuanto al control de inclusión, el *TS lo vinculó en Sentencia de 09.05.2013* al cumplimiento de la normativa sectorial, concretamente a la OM de 05.05.94. Se podrá decir que la operación que nos ocupa escapa al ámbito de aplicación de la referida normativa al superar el importe del préstamo los 25 millones de pesetas (art.1 de la OM) Sin embargo, que ello sea así no implica que a efectos de cumplir con las exigencias de incorporación del art. 5 LCGC, el empresario predisponente no deba entregar al adherente información escrita, clara y comprensible, que recoja las condiciones generales del contrato; y deberá facilitarlas un ejemplar de las mismas, dice el art. 5 LCGC- antes de que lo haga el notario. Es decir, el instrumento público no supe el deber del predisponente. No puede hacerlo cuando, como es de sobra conocido y hasta el TS lo ha dicho, el momento del otorgamiento de la escritura pública no es el idóneo para que el adherente tome conocimiento de las condiciones generales de la contratación, no negociadas individualmente, que se introducen en el contrato para cuya firma se le cita en notaría.

En el caso enjuiciado aquí, no hay prueba objetiva alguna que aclare la información que se pudo facilitar a la prestataria sobre las condiciones del préstamo que se ofrecía. La única versión que se dispone es la de la prestataria, que afirma nada se le entregó por escrito antes de acudir a la notaría, luego nada nos puede decir sobre lo que se entregó o no se entregó al cliente.

Es más, consta documentalmente acreditado que la oferta vinculante fue suscrita sin solución de continuidad en el otorgamiento del préstamo hipotecario, constando dicho documento de la misma fecha de suscripción que el contrato de hipoteca.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, las cláusulas impugnadas no superan el filtro de transparencia y por ello procede estudiar la procedencia de su declaración de nulidad con la consiguiente expulsión de la misma del contrato.

QUINTO.- Conforme al art. 82 TRLGDCU, (1) se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. (3) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. (4) No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Entre las cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, el art. 85 TRLDCU cita (6) las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Como recuerda la STS nº 265/15 de 22.04.2015, rec. 2351/12 : "... para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si ¿y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11 , caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69)".

En el presente caso, la escritura de préstamo hipotecario, en su Pacto Quinto objeto de examen, contiene el siguiente tenor:

En el presente caso, la cláusula Quinta objeto de examen, inserta en el protocolo nº 801 contiene el siguiente mismo tenor:

"5ª. -GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO

Serán a cargo de la Parte Prestataria el pago de todos los gastos originados por la presente operación, tanto los que se hayan originado como los que se originen en el futuro o que se encuentren pendientes de pago. En particular serán a cargo de la Parte Prestataria:

a) Los gastos de tasación inicial del inmueble y los de las sucesivas tasaciones del mismo que se aprecie practicar, cuando, a juicio de U.C.I., haya podido producirse una disminución de su valor.

b) Los aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca.

c) Impuestos.

d) Los de inscripción y conservación del inmueble hipotecado.

e) Los gastos judiciales o extrajudiciales derivados del incumplimiento de sus obligaciones por la Parte Prestataria, incluidos los honorarios de abogados, aunque su intervención no venga exigida por la Ley.

f) Los honorarios de la persona o entidad encargada de las gestiones necesarias para la inscripción y liquidación de la presente escritura y de las previas necesarias

g) Los gastos de correo, teléfono, u otros medios de comunicación que pudieran generarse...".

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

La intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

La cuestión, y criterio de reparto queda ya resuelto por STS 44, 46 a 49 de 23 de enero de 2.019, Sala 1ª en la que "el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

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

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

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

La consecuencia es que ambas partes, prestamista y prestatario, están interesadas en el otorgamiento de la escritura pública por lo que, no habiendo motivos para atribuir a uno de ellos mayor proporción, concluimos que dichos gastos han de ser afrontados por ambas partes. En este sentido, la *STS de 15 de marzo de 2018* llama la atención acerca de que esta es la solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016 (BOE 27 abril 2016): " *Sin perjuicio, en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor -en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca-, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral* " (Fto. Dcho. 5, pfo cuarto).

En aplicación de la transcrita doctrina, debería cada parte haber asumido la mitad de dicho gasto notarial.

SÉPTIMO.- La norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad hace lo propio en cuanto a los derechos devengados por estos profesionales:

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

La cuestión, y criterio de reparto queda ya resuelto por STS 44, 46 a 49 de 23 de enero de 2.019, Sala 1ª en la que "el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

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

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

A la luz de la norma y la jurisprudencia expuestas, no existen dudas de que el derecho real de hipoteca se inscribe a favor de la entidad financiera prestamista.

Por lo tanto, declarada nula la Cláusula de Gastos en lo que al inciso de los aranceles del Registrador e inscripción registral se trata, procedería el reintegro de la totalidad de lo abonado por este concepto.

El hecho de que esta cantidad fuera cobrada por un tercero ajeno al procedimiento, el Registrador de la Propiedad, no es óbice para que la entidad demandada deba devolver a la actora la cantidad satisfecha. Recuérdese que en el presente procedimiento no se está enjuiciando la procedencia o no del cobro de estas cantidades por aquellos profesionales, sino la validez, en términos de abusividad, de la repercusión que la entidad, hizo de los gastos al demandante.

OCTAVO.- Respecto de los gastos de **gestión y de tasación** satisfechos por la actora, si bien es cierto que se trata del pago de la prestación de un servicio que interesa por igual a ambas partes para realizar las gestiones necesarias en orden a la constitución del préstamo hipotecario, lo que ha venido siendo así reconocido por distintas Audiencias Provinciales, entre las que se encuentra la de Castellón (SAP Castellón 132/2018, de 19 de abril), no debe olvidarse que, como tal, su contratación debe ser voluntaria para el consumidor y que en ningún caso puede admitirse como válida su imposición por el empresario o profesional.

En este sentido, el artículo 89 TRLGDCU declara como condiciones abusivas:

"4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos,

recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”.

Al mismo tiempo, el art. 40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios señala lo siguiente en cuanto a la contratación con este tipo de entidades: *“Las entidades de crédito y las demás entidades financieras deberán hacer constar expresamente en los folletos informativos previos a la formalización de los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria destinados a la adquisición de viviendas que suscriban con personas físicas el derecho que asiste al prestatario para designar, de mutuo acuerdo con la parte prestamista, la persona o entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la entidad aseguradora que, en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la entidad prestamista exija para la formalización del préstamo (...).”*

En el presente caso, no se ha aportado prueba alguna relativa a la previa información a los consumidores, dada de forma clara y separada, de su derecho a designar conjuntamente a la empresa de gestoría o bien de rechazar la contratación de este servicio, con lo que, de acuerdo con los artículos 82.2 párrafo segundo del TRLGDCU y 217.3 LEC y atendiendo a lo establecido en las normas anteriormente citadas, una vez tenida por no puesta la estipulación contractual y no habiendo norma que determine quien debe abonar los servicios de gestión, o con qué criterio han de distribuirse; sin que, en modo alguno pueda integrarse o suplirse el vacío dejado por la cláusula nula (así lo tiene señalado nuestro Tribunal Supremo citando la constante y reiterada jurisprudencia del TJUE -ver STS 464/2015-), sólo cabe concluir que es la entidad demandada a quien corresponde el abono íntegro de los gastos de gestoría, cuya contratación, decidida y elegida por ella misma y sin dar opción, impuso a los consumidores.

Ahora bien, siendo que la realidad del criterio del Tribunal Supremo queda plasmada mediante las sentencias 44-46-47-48 y 49/2019 de 23 de enero de 2.019, atendiendo al criterio en ellas establecido, donde se dice: *“Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.*

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

Por tanto, debería condenarse a la demandada a reintegrar a la demandante la cantidad mitad de la factura abonada por la actora en pago por los servicios de gestión, tal y como interesan los demandantes aun cuando el actual criterio de reparto de gastos considera que la entidad prestamista debe satisfacer la totalidad del gasto de gestión (STS nº 555 de 26 de octubre de 2.020) y de 27 de enero de 2.021, e igualmente procedería el total reintegro de los gastos por tasación del inmueble.

NOVENO.- La cláusula asigna así mismo al prestatario el coste de todos los gastos que origine la inscripción de la escritura de préstamo, su cancelación y subsanación, incluyendo aranceles notariales y registrales, y gastos de tramitación ante cualquier oficina pública y gastos de correo y otros medios de comunicación.

Concorre el mismo reproche de abusividad al cargar al prestatario de forma indiscriminada con la totalidad de esos costes prescindiendo de cuál sea la parte obligada al pago según la ley, a quién benefician o convienen o a quién resulta imputable la circunstancia que provocaría el otorgamiento de escrituras de aclaración o subsanación y los requerimientos o notificaciones que procedan.

Se trata de una imposición de pago genérica e imprecisa que, al igual que la anterior, el profesional no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013).

En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 y 398 LEC, para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto (art. 559.2 LEC), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo (art. 561.2 LEC); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC, sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC, que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerle la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo (actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC".

Las Sentencias nº 147 y 148/2018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Pleno) de 15 de marzo de 2018 vienen a confirmar tales criterios, considerando abusivas las cláusulas que, sin negociación y de forma indiscriminada, atribuyen en todo caso al consumidor el pago de los gastos e impuestos, pese a que la ley, según los diversos supuestos, hace una distribución de los mismos entre las partes contratantes.

DÉCIMO.- Cláusula relativa a la **comisión de apertura.**

La escritura de préstamo contiene, como estipulación referente a “comisiones”, Cuarta, Comisión de apertura, contenida en la Escritura PRÉSTAMO HIPOTECARIO se establece:

CUARTA. COMISIONES Y COSTE EFECTIVO DE LA OPERACIÓN:

A) COMISIONES

El préstamo hipotecario otorgado en esta escritura devengará a favor de U.C.I. y a cargo del prestatario las siguientes comisiones:

a) Comisión de apertura.- El presente préstamo devengará a favor de U.C.I. y a cargo de la Parte Prestataria, en concepto de comisión de apertura del mismo, un importe de **CUATRO MIL NOVECIENTOS CUARENTA EUROS**.

El devengo, liquidación y pago de esta comisión se realiza en este acto, otorgando U.C.I. a la Parte Prestataria, por este documento, carta de pago de la misma.”.

De su literalidad se deduce que el pago del importe de la comisión se realizó en el momento de la firma del contrato, especificándose la forma de pago, es decir, a la suscripción del contrato, cuestión no controvertida de haberse percibido, no existiendo, por tanto, ninguna duda de que el pago se verificó al otorgarse expresa carta del pago efectuado por tal concepto y en el importe líquido establecido literalmente en la cláusula de 4.940,00 euros.

En relación con esta estipulación, la interpretación que de la misma se venía llevando a cabo, con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/01/2019, es que no tiene carácter esencial y que, en todo caso, no se refiere “a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra” (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE).

La STJUE de 16 de julio de 2020 expone cuál es la correcta interpretación, en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas, de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

Por lo que respecta a la comisión de apertura, dice en el apartado 3:

“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”.

Es decir, la comisión de apertura está justificada cuando la entidad bancaria acredita que la misma responde a servicios efectivamente prestados. Este es, básicamente, el criterio que mantuvo la Audiencia de Castellón en la Sentencia núm. 132 de 19 de abril de 2018.

La cláusula controvertida es una condición general que no ha sido objeto de negociación individualizada. Puesto que no se discute que la parte actora tiene la condición legal de consumidor, recordamos que la legislación protectora de consumidores y usuarios es disciplina legal imperativa y no dispositiva y que, susceptible de ser complementada por la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, el artículo 1.1 de ésta dispone que tienen el carácter de condiciones generales las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta

por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Añade el art. 1.2 que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de dicha Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Dice la STS de 9 de mayo de 2013 que son requisitos de las condiciones generales de la contratación los de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, resultando irrelevante la autoría material y que el adherente sea profesional o consumidor.

Por otra parte, con arreglo al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, partiendo de que se entiende por cláusula prerredactada impuesta aquella respecto de la cual no ha habido posibilidad real de negociación o influencia por parte del adherente consumidor, ha de tenerse en cuenta que la carga de probar la existencia de una real y efectiva negociación incumbe al empresario, tanto por lo que dispone el art 82.2 TRLCU cuando se trata de contrato con consumidor, como por el criterio de facilidad probatoria del art. 217.7 LEC como, en fin, en virtud del art. 3.2 "in fine" de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y por el principio de aplicación del derecho nacional de conformidad con la normativa comunitaria, pues dice dicho art. 3.2 que "El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Y como no hay en el caso de autos prueba de la existencia de una negociación individualizada de la cláusula controvertida, habremos de concluir que su contenido fue impuesto por la entidad bancaria.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, dispone en su art. 5.5 que los precios, tarifas y gastos repercutibles se deben plasmar en un "folleto, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes". El apartado 1 del artículo 13 obliga a la entrega del folleto y el apartado 2 dice que "el mismo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor".

No hay ninguna prueba de que se elaborara el folleto que la norma establece ni, obviamente, que se entregara a la parte prestataria que solicitaba la concesión del préstamo.

No existe acreditación alguna sobre qué actividad ha llevado a cabo la entidad prestamista acreditativa de resultar acreedora de la comisión impuesta.

No se facilitó al consumidor una mínima información, como imponía la Ley 26/1984. Y el art. 5 de la Orden de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, dictada en aplicación de la previsión contenida en el art. 48.2 de la vigente a la sazón Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establecía que "(e)n ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos".

No hay obstáculo a la posibilidad de declaración de nulidad de la cláusula por aplicación de la legislación protectora de los consumidores que, tiene carácter imperativo, pues de nada serviría si no lo tuviera la finalidad legislativa de proteger a la parte objetivamente débil del contrato.

Para que la cláusula no sea abusiva el consumidor debe saber, por haber sido informado previamente por la entidad de crédito, que va a pagar una cantidad por servicios tales como la recepción de la solicitud, el estudio de solvencia y/o viabilidad y en general las gestiones previas a la perfección del contrato; debe conocer con antelación el importe de estos servicios; el importe de la comisión debe guardar una

adecuación razonable con la entidad y el contenido de los servicios prestados; y debe tener constancia de que los servicios en cuestión efectivamente se han realizado. En otro caso la cláusula será abusiva y nula y la entidad deberá retornar su importe al cliente.

En el caso que nos ocupa, la redacción de la cláusula es clara, se indica de forma sencilla y comprensible el importe de dicha comisión. Se aporta por los demandantes la oferta vinculante firmada el mismo día del otorgamiento de la escritura de préstamo, en la cual se evidencia la existencia de dicha comisión.

La entidad sin embargo no acredita en modo alguno cuales son los concretos servicios por los cuales ha cobrado dicha comisión, ni el coste unitario de los mismos, ni siquiera que efectivamente los llevara a cabo. Hay que considerar además que el importe de dicha comisión es muy elevado, sin que la entidad indique o explique qué tipo de estudios y análisis de riesgo haya llevado a cabo.

Por lo tanto y con arreglo a los anteriores razonamientos, reproduciendo el criterio de la Audiencia de Castellón según redacción de su Sentencia nº 486/2020 de 24 de julio y la nº577 de 2.020 de 1 de octubre, debe ser estimada la demanda en su pretensión de declaración de nulidad de dicha comisión, así como la condena del banco a su devolución a la parte actora de la cantidad de **4.940,00** euros que se acredita como importe satisfecho por el prestatario que, su tenor literal establece como dicho importe a abonar.

DECIMOPRIMERO.- Índice IRPH.

El índice "media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria" (IRPH) es uno de los índices oficiales y el Tipo Activo de Referencia de Entidades y el de las Cajas de Ahorros Confederada (CECA), lo era hasta que desapareció definitivamente, conforme a lo dispuesto en la *D.A. 15ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre*, el 1.11.2013.

En esta fecha, el Banco de España dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se debía realizar por el IRPH Entidades.

Tal efecto se inició con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) que en su artículo 27 enumera los tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas y el tipo CECA.

La DT Única.1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España continuaría publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Sin embargo, esa publicación del Banco de España continuó hasta que la *D.A. 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre*, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, puso término final a esa publicación e hizo efectiva la desaparición de tales índices.

Por tanto, desde este momento debe indicarse que no se trata ya de que se declare o no la nulidad del tipo de referencia sustitutivo previsto en el contrato (tipo CECA) sino que el mismo ha desaparecido con el efecto de ser el IRPH Entidades el

previsto en la norma para sustituirlo -en ausencia de otra previsión en el contrato-, de forma que resultará afectado el índice sustitutivo por la misma suerte que el índice de referencia principal.

El IRPH Entidades está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. Del mismo modo se define en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Ese tipo de interés medio ponderado es el tipo anual equivalente declarado al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: " La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (¿) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado "

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: " El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por

KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba.

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

La segunda: " No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. Tratándose de datos publicados, puede señalarse que en julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 %. Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el IRPH Entidades se encontraba al 2,819%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078 %.

DECIMOSEGUNDO.- En cuanto al doble control de transparencia. La jurisprudencia mayoritaria entiende que, aunque no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia -doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores. Por tanto, sin ahondar en la posibilidad de control del contenido, nos detenemos en el doble

control de transparencia.

El marco de referencia inicial lo era lo establecido por la *Sentencia nº 669/2017 del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14.12.17*, hasta la dictada en fecha por el 3.3.2020 el TJUE modificando aquella al dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado nº 38 de Barcelona, de modo que:

-La referencia al IRPH CAJAS que hace la cláusula contractual controvertida no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, y por tanto está sometida a las disposiciones de la Directiva 93/13. Ello en tanto en cuanto la Orden Ministerial de 05.05.94 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros (o el IRPH del conjunto de entidades), sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los índices o tipos de interés de referencia para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos. Por ello la entidad prestataria tenía la facultad de definir el tipo de interés variable de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario, y fuera conforme a Derecho.

-Los Tribunales deben en todo caso (con independencia de la transposición o no de la norma comunitaria al ordenamiento jurídico nacional) examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato.

-La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino también en el sentido 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.

Por ello y en consecuencia, la referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del mismo, 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.

La normativa vigente en la fecha de celebración del contrato objeto del presente caso, 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, así la Orden Ministerial de 5.5.1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios para préstamos de importe igual o inferior a 25 millones de pesetas o 150.253 euros, y a partir del año 2007 ya a todos los préstamos mediante Ley 41/2007. 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.

Es a partir de la *Sentencia nº 595/2020 y siguientes de 12 de noviembre de 2.020 dictada por Pleno del Tribunal Supremo, sobre el criterio del TJUE* indican que, en

cuanto al control de transparencia, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que "resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario"; en concreto afirma el TJUE que "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 %".(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, de "cual 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".

Afirma el TJUE que "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".

Por el contrario, la STJUE, como veremos en el siguiente fundamento, descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

El Tribunal Supremo indica que, aunque se considere que la estipulación no supera el control de transparencia al no haber informado el banco sobre la evolución del índice de referencia en los dos años anteriores al otorgamiento de la escritura, ello no implica automáticamente y siempre que sea abusiva, porque debe en todos los supuestos, una vez que no supera el filtro de transparencia, analizarse si existe un perjuicio para el consumidor. El Tribunal Supremo mantiene que no todas las cláusulas que no son transparentes deben considerarse sólo por ellos abusivas.

Y continua: "*Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo* : "la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas". En este mismo sentido, la *STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus* , declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato: "64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del *artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13*, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]"

Llegados a este punto, se llega a la cuestión que considera este juzgador crucial para la resolución del litigio, y es la relativa a la buena fe de la entidad que sostenga la transparencia y por ende, la validez de la cláusula, y el Tribunal Supremo considera que no hay vulneración de la buena fe, toda vez que estamos ante un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, y la evolución futura de dicho índice no depende de la voluntad de la entidad bancaria o caja predisponente. Se afirma que fue el propio Banco de España quien ha recomendado el uso del IRPH y ha sido utilizado por el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos en diversas disposiciones reglamentarias en las cuales se regulaban la financiación para la adquisición de viviendas de protección oficial y ello evidencia que su uso por sí solo no puede considerarse contrario a la buena fe.

Considera para apreciar un desequilibrio importante debe valorarse las circunstancias concurrentes a la fecha de la suscripción del préstamo y no procede estimar desequilibrio analizando la evolución posterior del índice de referencia sobre el cual ninguna influencia tiene la entidad prestamista. Todo ello considerando además que no existe obligación alguna de las entidades bancarias de facilitar información comparativa sobre otros índices, no siendo labor exigida la de asesoramiento. A ello añade que, para analizar el perjuicio causado no puede compararse dos índices de referencia distintos, porque el interés remuneratorio de los préstamos hipotecarios no es dado sólo por dichos índices, sino por el diferencial pactado que puede ser diferente según si se referencia a IRPH o a Euribor y además dependerá de las condiciones y factores de riesgo que se determinan en cada caso concreto.

Analizando el caso concreto el Tribunal Supremo concluye que no existe abusividad toda vez que 3.- El art. 82.3 TRLCU establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. La evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante de su carácter abusivo. Sin embargo, lo que el recurrente considera que ha provocado que, en contra de las exigencias de la buena fe, se haya causado, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, ha sido, en realidad, la evolución divergente del Euribor y del IRPH en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales han bajado desde que el demandante suscribió el préstamo hipotecario, el Euribor ha bajado más que el IRPH.

Como se anticipaba, este juzgador considera necesario entender cumplida la necesaria buena fe si la entidad ha dado un mínimo, pero suficiente cumplimiento de información de modo que el prestatario pueda tener, aun somero conocimiento de las consecuencias propias para adoptar una decisión formada e informada.

De ahí que la fase precontractual, inexistente en el caso enjuiciado, resulta incompleta, que la entidad indique al cliente cuál es la evolución del índice de referencia en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, redundando en que, la falta de dicha información causa en el consumidor un perjuicio evidente, por cuanto no puede comparar las distintas ofertas del mercado y por ello, no puede escoger una opción informada y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas de establecerse dicho índice respecto de otro oficial. Como se indica en el voto particular emitido en la Sentencia expresada 595 de 12 de noviembre de 2020: "no era la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó". El cliente no puede comparar índices de referencia diferentes si el banco no le ofrece toda la información obligatoria respecto del que la

entidad decide ofrecer.

Si la entidad no le informa de la evolución de dicho índice, nunca podrá comparar con otras ofertas que se realicen por otras entidades y por lo tanto hacerse una idea completa de cuál es el mejor índice de referencia para su situación y sus necesidades. No es el uso de dicho índice por sí solo el que causa un perjuicio y evidencia falta de buena fe, sino el no otorgar la información obligatoria y necesaria para que el cliente pudiera comparar y decidir.

Aplicado al supuesto enjuiciado, como ya se expresado, la entidad no ha llevado a cabo práctica informativa alguna, es más, si nos atenemos a la versión dada por los demandantes, la única con que se cuenta, la entidad prestamista no tuvo ninguna intervención en la concesión ni en la negociación previa (inexistente), por cuanto sostienen los demandantes que la tramitación, por ofrecimiento y suscripción del préstamo hipotecario se llevó a cabo por un empleado de la agencia inmobiliaria que, la postre era la vendedora del inmueble a hipotecar, en definitiva, no puede acreditarse que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional a los demandantes sobre el alcance y funcionamiento concreto del índice de referencia cuestionado en el marco del contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución.

Tal y como considera la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, no consta que la entidad financiera demandada hubiera informado al consumidor de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato y del último valor disponible.

Tal información hubiera podido dar a la actora una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

Así pues, se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de crédito con garantía hipotecaria, 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.

Por ello, concluir que la cláusula IRPH litigiosa no supera el control de transparencia no resulta controvertido porque sin dicha información no hay transparencia.

Y anudado a lo anterior, en cuanto a la conducta de la entidad y sus consecuencias, considero que la postura adoptada por la misma y puesta de manifiesto en el proceso, no es compatible con la necesaria buena fe al no facilitar al consumidor aquella información de la que, cualquier entidad financiera, sobradamente dispone, como es la evolución de los distintos tipos de índice aplicables y que, al tiempo de la suscripción del contrato, venía obligada a suministrar al prestatario conforme a la buena praxis exigible a toda entidad financiera y que cumplidamente consta acreditado no ha observado la demandada que, el no dar información pudiera considerarse equivalente a su ocultación, siendo relevante determinar si en el momento de la contratación ese perjuicio posterior, por quedar referenciado el préstamo a uno u otro índice, era o no previsible .

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula IRPH Cajas contenida en la escritura litigiosa, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020. Falta de transparencia que ha causado un evidente perjuicio a los demandantes, acordando su expulsión del contrato con efecto retroactivo.

En cuanto a las consecuencias económicas de la declaración de nulidad de la cláusula, la sentencia del TJUE prevé que se aplique como índice sustitutivo, en primer lugar, el establecido como tal en la escritura, no obstante, no pudiendo aplicarse en el presente supuesto el indicado en la misma por ser similar al declarado nulo, se considera procedente declarar aplicable al contrato objeto de autos el EURIBOR, tratándose de la referencia común más ampliamente utilizada con diferencia en la contratación hipotecaria en el sistema bancario de nuestro país, siendo su valor histórico inferior al IRPH a lo largo de todo su devenir, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del crédito hipotecario hasta su cancelación, con excepción de los periodos en que se determinó un interés fijo del 4,40% nominal anual, y para los sucesivos de interés variable, utilizando como índice de referencia el EURIBOR más el diferencial pactado (0,65%) incrementable a 0,75% de no cumplir las condiciones expresadas en la cláusula, y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación con las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidades a las que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción.

DECIMOTERCERO.- Consecuencias de la nulidad. El art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil* . El art. 10.1 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

Frente al pago de los intereses, opone la parte demandada que no resulta aplicable el artículo 1.303 del Código Civil y que, conforme a los artículos 1108 y 1109 del mismo texto legal, sólo proceden desde la interpelación judicial. No debe olvidarse que, tal como señala la jurisprudencia estatal y europea, la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula, debe conllevar, en todo caso, la no vinculación para el consumidor, restaurando la situación en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula. La condena al abono de los intereses producidos por las cantidades adeudadas no responde sino a restablecer la situación de hecho y de derecho anterior a la existencia del acto nulo, mediante la justa devolución de la cantidad indebidamente percibida junto con los rendimientos derivados de ella, de los que se ha visto privado quien sí tenía derecho a recibirlos desde que entregó aquella cantidad y hasta el momento de la restitución.

Decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno de los gastos discutidos la parte a cuyo cargo corresponde, según nuestro ordenamiento jurídico.

El art 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, que una clausula declarada abusiva nunca ha existido, así que ningún efecto podrá tener frente al consumidor, de manera que, la declaración de nulidad

por abusividad debe conseguir el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula.

Así, como indica la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del TS 46/2019, de 23 de enero de 2.019 “decretada la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si nunca se hubiera incluido en el contrato, debiendo afrontar cada uno 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, tasador, 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 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."

La cantidad a restituir devengará el interés legal desde la fecha de su abono hasta la fecha de la presente sentencia, y desde esta, procede la imposición del interés legal del dinero incrementado en dos puntos hasta su completo pago, de conformidad con lo prevenido en el art. 576 Lec.

DECIMOCUARTO.- En materia de costas, el artículo 394.1 LEC, establece: *"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"*.

Por tanto, en este caso, habiéndose visto rechazadas todas las pretensiones de la parte demandada relativas a la validez de las cláusulas impugnadas y no apreciándose la existencia de serias dudas respecto de esta cuestión, que es la que constituye el objeto del proceso, procede aplicar la regla general del vencimiento objetivo, y ello sin perjuicio de que, en la restitución de cantidades, como efecto de

la nulidad, se hayan concedido o no todos los importes solicitados, pues ello no es óbice para calificar de íntegra la estimación. Ello es así en tanto que se ejercita una acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva, de la que derivan, como “efecto ex lege”, determinadas “consecuencias ineludibles de la validez” (STS 102/2015 de 10 de marzo) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador.

Además, no puede olvidarse que el criterio general del vencimiento objetivo en relación con la imposición de las costas procesales en el ámbito de tutela de los consumidores es el seguido por nuestro Tribunal Supremo por resultar conforme con el principio de no vinculación del consumidor y el principio de efectividad del Derecho de la Unión (STS 419/2017 de 4 de julio) y, en consecuencia, debe condenarse a la demandada al pago de las costas procesales.

Y así lo determina la Sentencia de la Sala Cuarta del TJUE de 16 de julio de 2.020 de los autos acumulados C-224/19 y C-259/19.

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

FALLO

ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. [REDACTED] en nombre y representación de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] frente a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO y, en consecuencia:

1.- Declaro la nulidad de la cláusula impugnada que se contiene en la estipulación Quinta, relativa a los gastos a cargo de la parte prestataria, que impone a la prestataria asumir los gastos de aranceles notariales y registrales, gastos de gestión y de tasación, procesales y preprocesales; contenida en la escritura de Préstamo Hipotecario, de fecha 22 de febrero de 2.007, autorizada por la notaria D^a. [REDACTED] bajo su protocolo nº [REDACTED]

Condeno a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO:

- A estar y pasar por estas declaraciones.
- A eliminar de su clausulado dicha estipulación y en consecuencia no aplicarla.

Declaro la nulidad de la estipulación recogida en la cláusula Cuarta, apartado A, que impone al prestatario el pago de comisión por apertura, contenida en la escritura de Préstamo Hipotecario, de fecha 22 de febrero de 2.007, autorizada por la notaria D^a. [REDACTED] bajo su protocolo nº [REDACTED]

Y CONDENO a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO:

- A estar y pasar por estas declaraciones, así como a eliminar y no aplicar esta condición declarada nula.

- A restituir a la parte actora la cantidad de **4.490,00** euros abonada indebidamente en aplicación de la cláusula declarada nula. Tal cantidad se restituirá incrementada con el interés legal del dinero que se haya devengado desde el día en que se produjo su pago hasta el día de la presente sentencia. Desde hoy, la cantidad resultante de este pronunciamiento devengará el interés legal incrementado en dos puntos, hasta su completa satisfacción.

3.- Declaro la nulidad de la estipulación recogida en la cláusula Tercera Bis, referente al índice IRPH, inserta en la escritura de Préstamo Hipotecario, de fecha 22 de febrero de 2.007, autorizada por la notaria D^a. [REDACTED], bajo su protocolo nº [REDACTED]

CONDENO a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A., ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO:

-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas estipulaciones o cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

-A restituir a la actora las cantidades que ha pagado de más, como consecuencia de la aplicación de la misma desde que desplegó sus efectos hasta su cancelación, debiendo recalcular la entidad los intereses devengados durante la vida del crédito hipotecario, desde la aplicación del interés variable, utilizando como índice de referencia el EURIBOR más el diferencial pactado (0,65%, o 0,75%) y a restituir a la actora la diferencia resultante en relación con las cantidades percibidas utilizando el índice IRPH cuya nulidad se ha declarado, cantidades a las que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos e incrementados en dos puntos a partir de esta resolución y hasta su completo pago.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Castellón (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15^a de la LOPJ). Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

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

