

Juzgado de Primera Instancia bis de Barcelona (cláusulas suelo)

Avenida Carrilet, 2, Edificio H, planta 3 - Hospitalet De Llobregat, L' - C.P.: 08075

TEL.: 938874500

FAX: 935516555

EMAIL:

N.I.G.: 0801942120178140760

Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5)

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

Entidad bancaria:

Para ingresos en caja. Concepto: 0951000004646218

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia bis de Barcelona (cláusulas suelo)

Concepto: 0951000004646218

Parte demandante/ejecutante:

Parte demandada/ejecutada:

Procurador/a:

Abogado/a:

Procuradora:

Abogado/a:

SENTENCIA Nº 2609/2021

Magistrado:

Barcelona, 30 de marzo de 2021

Vistos por D. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº bis de Barcelona los autos del presente Juicio Ordinario número seguidos entre partes: de una v como demandante D/Dª.

representados por Procurador D/Dª. y defendido por Letrado/a D/Dª. contra

S.A., representado por Procurador D/Dª. defendido por Letrado/a D/Dª. sobre declaración de nulidad contractual por cláusulas abusivas y reclamación de cantidad, procedo a dictar la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Procurador de los Tribunales, se presentó demanda de juicio ordinario en nombre y representación de D/Dª. Dña. Dña. D. en su escrito rector tras alegar los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitaba que se dictara sentencia, según ha quedado fijado en el acto de la audiencia previa,





respecto del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 13 de diciembre de 2002, ante notario D. [redacted] nº [redacted] de su protocolo, y el préstamo de fecha de 12 de marzo de 2003, ante notario D. [redacted] de su protocolo, por la que:

1. Se declare la **NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN**, que establece como índice de referencia **IRPH**, con **acciones subsidiarias**, y en consecuencia, se condene a su eliminación, con obligación de restitución de la totalidad de los importes cobrados en exceso, con los intereses legales incrementados en dos puntos a partir de la presente resolución. Con acciones subsidiarias.
2. Se declare la **NULIDAD DE LA CLÁUSULA RELATIVA A LA IMPOSICIÓN DE LOS GASTOS A CARGO DEL HIPOTECANTE**. Y en consecuencia, CONDENE A LA DEMANDADA A ABONAR A LA PARTE ACTORA la cantidad de [redacted] y [redacted] euros.
3. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Recibido el pleito a prueba, tanto por la parte actora como por la parte demandada se propuso prueba que dio lugar a la celebración de vista de juicio oral que tuvo lugar en fecha de 16 de marzo de 2021, quedando tras ello pendiente de dictado de sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- ACCIONES EJERCITADAS

La parte actora, ejercita acción de nulidad de la cláusula sobre nulidad de la cláusula sobre tipo de interés **IRPH**, y la **cláusula de gastos** con fundamento en la Ley de condiciones generales de la contratación y texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, y acción de devolución de cantidades ligada a la anterior. Se manifiesta por la parte actora que dicho contrato fue presentado a la actora y, redactado de modo unilateral por la entidad financiera, conforme a su modelo de contratación y sin posibilidad alguna de negociación o, bajo un modelo propio estandarizado en el que únicamente se introdujeron los datos personales del adquirente.

Por su parte, la demandada en su escrito de contestación se opone a lo alegado por el actor sosteniendo que hubo negociación previa en la que se pactaron todas las condiciones del préstamo, habiendo cumplido con las disposiciones legales. Se impugnó la cuantía del procedimiento, se alegó la caducidad de la acción principal.

SEGUNDO.- CUESTIONES PREVIAS.

1.- IMPUGNACIÓN DE LA CUANTÍA.- Defecto en la forma de proponer la demanda. Cuantía. Respecto a la impugnación de la cuantía debe señalarse, que dicha excepción debe desestimarse toda vez, que en la primera y principal de las acciones ejercitadas, cual es la de nulidad, no se reclaman cantidades concretas, sino que se pide la declaración de nulidad con los efectos restitutorios inherentes que



pueden ser más amplios que la mera reclamación de una cantidad. (Art. 253.3 de la LEC). Si no hay nulidad no hay cantidad, es una cuestión jurídica y la cuantía es indeterminada. La acción de nulidad, como tal, no tiene solo un interés económico inmediato. En este sentido la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de marzo de 2018 indica que el proceso a tramitar no se determina por la cuantía sino por la materia (art.249.1.5). Es irrelevante la cuantía aunque sea preceptivo designarla.

"SÉPTIMO.- Sobre la cuantía del procedimiento 45.- En el cuarto motivo del recurso se sostiene que conforme al art. 252.2º LEC el procedimiento tiene por cuantía la reclamación de cantidad, 623,03 €. Considera inaplicable el art. 253.3 LEC , como hace la sentencia recurrida que deja aclarada esta cuestión en evitación de futuras controversias en sede de ejecución. Añade que la regla de aplicación es el art. 252.2º porque cuando se acumulan acciones y "el importe de cualquiera de ellas no fuera cierto y líquido, sólo se tomarán en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera", como el caso de autos. 46.- Lo primero que hay que precisar es que el procedimiento a tramitar no se determinó por la cuantía, sino por la materia. Se aplicó la regla del art. 249.1 .5º LEC , por ejercitarse "acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia", sin que opere la excepción del art. 250.1.12º LEC porque no se ejercita una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. El cauce procesal se determina por la materia, siendo irrelevante la cuantía, aunque sea preceptiva designarla conforme al art. 253.1 LEC , a efectos de acceso a casación, postulación y costas. 47.- Para cumplir con la exigencia de determinar la cuantía, el art. 253.1 LEC remite a los preceptos que le preceden, los arts. 251 y 252 LEC . Debe determinarse la cuantía con claridad y precisión según el art. 253.2, sin que sea posible "hacer recaer sobre el demandado la carga de determinar la cuantía". Si no fuera posible hacerlo, el art. 253.3 LEC dispone el remedio, que es entender de cuantía indeterminada según el art. 253.3 LEC . 48.- La demanda pretendía en el apartado I del "suplico" (rectius petición como la denomina el art. 399.5 LEC) la declaración de nulidad de la cláusula quinta del préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes. En el apartado II se reclamaba que, en consecuencia, se condenara a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración y abonar las cantidades que se pagaron como consecuencia de la aplicación de la cláusula previamente declarada nula. Para fundamentarlo no distingue entre ambas peticiones, sino que justifica la abusividad de la cláusula quinta del préstamo, y entiende que la consecuencia que acarrea la nulidad es el pago de las cantidades que hubieron de atenderse en aplicación de esa cláusula abusiva, y por tanto, nula. Si no hay nulidad no hay condena a cantidad, de modo que no se trata de dos acciones acumuladas, ni siquiera de forma subsidiaria. La reclamación de cantidad es tan solo la consecuencia de la nulidad pretendida, que es el objeto esencial del litigio. 49.- Hay que insistir que siendo esos los términos de la causa petendi y petitum del consumidor demandante, no hay dos acciones, sino una sola. Lo que pretende el demandante es la declaración de nulidad, por abusiva, de una cláusula que contiene el préstamo con garantía hipotecaria. Ello supone, como consecuencia incluso apreciable de oficio (STS 26 julio 2000, rec. 2925/1995 y 12 julio 2006, rec. 3639/1999), que se han de pagar las cantidades que tuvo que satisfacer el consumidor en aplicación de esa previsión. Por tanto no es aplicable el art. 252.2 LEC , que regula la pluralidad de objetos, porque no hay acciones acumuladas (la segunda petición no puede plantearse sin que previamente se estime la primera), sino una sola, la petición de nulidad por abusiva de la cláusula que acarrea la consecuencia dineraria que se expone en la petición.50.- Desde tal premisa, la reclamación esencial que persigue la declaración de abusividad de la cláusula, no tiene regla específica de cuantificación en el art. 25 I LEC , porque se trata de una cuestión estrictamente jurídica. Lo que se discute es si la cláusula cumple

Codi Segur de Verificació:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 30/03/2021 21:17





o no el estándar que exigen las normas de protección de los consumidores, es decir, si superan un control de abusividad que es cuestión jurídica, porque lo que se dilucida es la validez de una cláusula. En situaciones semejantes, en las que se dilucida es la validez de un acto jurídico, como aquí la validez de una cláusula contractual, los tribunales han entendido que la cuantía del procedimiento es indeterminada. Así, la impugnación de la validez de la Junta General de una sociedad capitalista (SAP Valencia, Secc. 9ª, 9 noviembre 2011, rec. 592/2011), la impugnación de acuerdos de comunidades de propietarios (STS 24 julio 1997, rec. 2366/1993 , 3 marzo 1998, rec. 448/1994), o la nulidad de actuaciones (STS 20 febrero 2003, rec. 2037/1997). 51.- Explica al respecto la STS 24 julio 1997, rec. 2366/1993 que "Es cierto que la impugnación de un acuerdo que debió reunir la unanimidad de los copropietarios, según exige la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal , al no existir un especial pronunciamiento en este caso sobre el proceso a tramitar, ha de seguirse el juicio declarativo que por la cuantía corresponda y así lo tiene declarado la jurisprudencia, pero nunca ha dicho que la cuantía se determine por el importe de las obras que, si se obtuviere el acuerdo, se podrían realizar [...] lo realmente querido en la demanda es manifestar la discrepancia e impedir quedar vinculados por el acuerdo tomado por el resto de los comuneros, impedir la caducidad y con ello que el acuerdo se tenga por unánime y alcance validez jurídica, con lo que ciertamente se imposibilita la construcción del aparcamiento, pero sin que a la pretensión, de cuantía inestimable por solicitarse del órgano jurisdiccional un pronunciamiento estrictamente jurídico, sin valor económico en sí mismo considerado, pueda asignársele, tal como con pleno acierto afirma la Audiencia, la cuantía del costo de la construcción del tan meritado aparcamiento". 52.- El art. 253.3 LEC se aplica si "el actor no puede determinar la cuantía ni siquiera de forma relativa, por carecer el objeto de interés económico". No es posible identificar el objeto del pleito, que es la nulidad de la cláusula, con sus consecuencias, que sí revisten interés económico determinable. De hecho es posible presentar un primer procedimiento sólo para reclamar la nulidad de la cláusula, sin reclamar las consecuencias económicas que deriven del mismo que se reservan para otro posterior (SAP León, Secc. 1ª, 26 mayo 2017, rec. 226/2016). Ese proceso que sólo persigue la nulidad debe también concretar la cuantía, por exigencia del art. 253.1 LEC , siendo lo más coherente con la jurisprudencia señalada antes que, al versar sobre una cuestión jurídica, se considere indeterminada. Obtenida la declaración de nulidad, si no hay satisfacción porque el banco no la ofrece, es posible formular nueva demanda, ésta de exclusivo objeto económico, y por tanto de la cuantía que dispone el art. 251 . 1º LEC , lo que puede afectar incluso a la competencia objetiva, como ha explicado el AAP Bizkaia, Secc. 3ª, 10 enero 2018, rec. 453/2017. 53.- No siendo aplicables las reglas de los arts. 251 y 252 LEC , el procedimiento que versa sobre una cuestión jurídica, la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, debe considerarse de cuantía indeterminada conforme al art. 253.3 LEC , lo que es relevante para aplicar por el Letrado de la Administración de Justicia la regla del art. 394.3 LEC en el momento en que se tasen las costas, razones por las que se desestimará este motivo del recurso."

En cualquier caso, resulta sorprendente la conducta de la entidad bancaria, contraria a sus propios actos, en tanto que no recurrió el decreto de admisión a trámite de la demanda que configuró el importe del procedimiento, siendo aplicable lo prevenido en el art. 111-8 del Codi Civil de Catalunya, de modo que no cabe poder valorar dicha cuestión, siendo la misma extemporánea. Ya lo era, en el trámite de audiencia previa, al solo prever la norma procesal, su impugnación en dicho trámite cuando provoca la inadecuación de procedimiento, no concurrente en el caso de autos (habiendo ya fundado que la tramitación por vía de ordinario estriba en el tipo de acción ejercitada, la acción de nulidad). Se debe desestimar la impugnación.

2.- PRESCRIPCIÓN/CADUCIDAD.





Entrando en el fondo de la prescripción, la parte demandada se opone alegando prescripción atendiendo que la escritura hipotecaria respecto de la que se pretende la nulidad se firmó en los años 2000, más de diez años después de dicha firma se reclama. Alega la parte demandada que la acción de reclamación de las cantidades pagadas (a diferencia de la de nulidad) prescribe; que el plazo de prescripción viene regulado, por una cuestión territorial, por lo previsto en el Codi Civil de Catalunya, no por el Código Civil. Entiende conforme a los artículos 111-3, 111-4, 111-5, 121-20, 121-13 y 121-23 CCC, que la acción reivindicatoria necesariamente ha de entenderse prescrita, y ello por cuanto han transcurrido más de 10 años desde que se firmó la escritura y la interposición de la demanda.

Debe desestimarse tal alegato, por cuanto que el planteamiento de la demandada obvia que el plazo del artículo 1300 del CC se refiere exclusivamente a la acción de nulidad relativa o anulabilidad de los contratos (sentencias de 14 marzo 2000, 29 mayo 2008 y 30 mayo, 9 mayo de 2008 y 25 de octubre de 2016 entre las más recientes), mientras que la nulidad de pleno derecho es absoluta, perpetua e insubsanable.

El artículo 1301 del Cc se refiere a los contratos anulables en los que concurren los requisitos del artículo 1261 y no a otros que quedan viciados de nulidad radical o absoluta para los cuales la acción es imprescriptible. El vicio que la nulidad de las cláusulas abusivas de este litigio no es por vicio del consentimiento que se refiera a una nulidad relativa o anulabilidad. La declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta y de pleno derecho de acuerdo con el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU.

Asimismo la acción por la que se solicita la restitución de la cantidad derivada de una declaración de nulidad de la cláusula no es independiente de ésta, sino que es su efecto propio. A mayor abundamiento tampoco habría prescrito en ningún caso, puesto que el "dies a quo" para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula por sentencia comienza a contar cuando la misma adquiere firmeza de conformidad con el artículo 1971 del CC y el 121-23.1 del libro primero del CCC (122-5-1 en cuanto a la caducidad). Así mismo, el plazo de caducidad pretendido no puede transcurrir sino a partir del momento en que se tiene constancia de los hechos que fundamentan la nulidad, y por efecto de ello, siendo que en la actualidad la jurisprudencia es controvertida en cuanto a la cláusula IRPH y concedora de la jurisprudencia del TS desde 2015, estando presentada la demanda en 2017 no ha transcurrido plazo alguno de caducidad. Por todo ello no procede acoger en ningún caso la prescripción/caducidad alegada en el presente supuesto.

TERCERO.- RESPECTO DE LA CLÁUSULA QUE REGULA EL ÍNDICE IRPH.- Debemos partir tal como se ha expuesto, que el actor reúne la condición de consumidor. Insta, la demandante y así lo define en su suplico, la nulidad de la cláusula por la que se fijó el tipo IRPH. **Considera que no debe aplicarse índice, y subsidiariamente el índice que debe aplicarse para la configuración del tipo de interés es el Euribor** y pide como cantidad a restituir por las pagadas de más en función de la aplicación de tal índice.

Se señala, en esencia, que se trata de una condición general de la contratación, que genera un efecto perjudicial para el consumidor en relación a otras alternativas como el Euribor, y que se incurrió en falta de transparencia en la contratación, de tal modo que los actores no pudieron apreciar que estaba contratando un tipo más perjudicial que el Euribor, ni podían entender el funcionamiento de la cláusula de interés, ni la forma de cálculo del IRPH.





La fundamentación jurídica está basada en suma en los arts. 1, 5, 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998 CGC, 10 y 10 bis de la Ley 26/84 (80 y 82 TRLGCU, con cita también de 1256 CC, Orden de 5 de mayo de 1994 y Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, así como diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Alega fundamentalmente una importante falta de información de la entidad a los clientes.

El litigio, se delimita mediante la contestación formulada por la entidad bancaria, entendiéndose, que no es revisable dicho tipo referencial bajo el prisma de la transparencia por ser un índice oficial. Así entiende que no es posible dicho control de abusividad, que la cláusula es clara y transparente por tratarse de índice oficial, que es solo conveniencia económica de la demandante por ser un interés menor, la imposibilidad de dejar el préstamo sin intereses. En ella tras las manifestaciones que tuvo por conveniente interesó la desestimación de la demanda. Hay que valorar el pronunciamiento del TJUE, en fecha de 3 de marzo de 2020, que pondera la facultad de los Tribunales nacionales para poder entrar a valorar la transparencia de la citada cláusula, determinando que corresponde al juez nacional fijar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone la Directiva 93/13, y ello, en cualquier caso, incluso cuando se trate de una cláusula sobre el objeto principal o que afecte a un elemento esencial del contrato. Del mismo modo, que el control de transparencia del juez nacional debe buscar determinar, no solo si la cláusula en cuestión es comprensible en un plano formal y gramatical, sino que debe interpretarse de manera extensiva, en el sentido de que dicha cláusula "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 todo ello, es procedente entrar a valorarlo.

ÍNDICE Y CLÁUSULA

En cuanto a la cláusula IRPH en general, estábamos acudiendo a criterios de inexistencia de infracción de normativa bancaria porque *el IRPH* se conforma a partir de la información proporcionada por el conjunto de las Cajas de Ahorro, y una de ellas, por sí sola, no tiene capacidad para influir en el tipo de referencia. Tampoco se ha acreditado por ninguna prueba que haya existido una práctica concertada entre entidades para incidir en la fijación del IRPH y menos que el índice, bajo control y supervisión del Banco de España, haya podido ser manipulado. De acuerdo con La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartó la unilateralidad en la fijación del índice de referencia. La STS 991 de 14 de diciembre de 2017 vino a señalar que el IRPH, como índice, no podía ser objeto de control de transparencia, control de inclusión y claridad, estando la misma superada por la jurisprudencia del TJUE arriba expuesta.

En recientes sentencias de la Sección 15 AP Barcelona, se indicaba que las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponde al Banco de España. Y la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, modificada por la Circular 7/1999, establecía que:





« 3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

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

El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el "Boletín Oficial del Estado"».

Esa misma Circular 8/1990 en su anexo VIII se refiere a los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario, concretamente a su definición y fórmula de cálculo de cada uno de ellos. Por lo tanto, los índices de referencia referidos en esa Circular y en la normativa que la desarrollaba no deben considerarse condiciones generales de la contratación. Son índices definidos y regulados por disposición legal y son las entidades financieras las que deciden incorporar uno de estos índices en los contratos de préstamo hipotecario a interés variable que ofrecen a sus clientes. (Secc. 15ª APB 3399/2018 de 8 de mayo de 2018). No obstante lo anterior el TJUE dice que aunque el interés sea oficial cabe el control de transparencia y el TS también lo admite considerando que no se debe entrar a juzgar la fórmula de cálculo de un interés oficial, pero sí la cláusula que lo incorpora al contrato. La SAP Barcelona afirma que el índice en sí, no es una cláusula general de la contratación y que lo que cabe examinar es la incorporación del mismo y la información sobre él de que dispone el consumidor. El examen de transparencia es posible, no sobre los cálculos del interés, pero sí sobre la cláusula en sí misma.

IMPOSIBILIDAD DE CONTROL JUDICIAL DEL INDICE EN SI MISMO, NI A TRAVÉS DE SU CONSIDERACIÓN COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN, PERO POSIBILIDAD DE CONTROL JUDICIAL DE LA CONDICIÓN GENERAL QUE SE HA UTILIZADO COMO VEHÍCULO DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO. INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA:

Una cosa es el índice y otra la condición general. La incorporación del índice por medio de una condición general no convierte ese **índice** en una condición general controlable judicialmente. Y en ese sentido corresponde a los tribunales nacionales comprobar si la cláusula responde a normas que se aplican en defecto de pacto entre las partes. En este sentido el TJUE en Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (C34-13, asunto Kunionová) mantiene que: «79 En ese sentido hay que observar que, para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (véase en ese sentido la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180 , apartado 26) ». Por lo tanto, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de 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 viene garantizado por la intervención de la administración



pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. (Secc. 15ª APB 3399/2018 de 8 de mayo de 2018, entre otras).

Esta segunda conclusión nos permite afirmar que en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación no podemos entrar a valorar el modo en el que se ha fijado un tipo de referencia legalmente predeterminado, ni podemos 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 se puede 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.

Por tanto, ni a partir de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ni de la normativa sobre tutela de los consumidores frente a posibles condiciones generales puede fiscalizarse un tipo referencia (cualquier tipo de referencia) que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

Estas consideraciones permiten desestimar las pretensiones que se refieren a la exigencia de realizar un control de abusividad, bien en su vertiente de control de incorporación, bien en su vertiente de control de contenido, bien en su vertiente de transparencia del tipo de referencia en sí mismo. Ni la normativa española, ni la Directiva 93/13, ni la jurisprudencia que la desarrolla nos permiten realizar los controles de abusividad respecto de los tipos de referencia fijados por el regulador.

Veníamos asimismo diciendo respecto al control de incorporación de la cláusula del IRPH que los jueces civiles en el marco de la LCGC, la LGDCU, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia de referencia debe limitarse o circunscribirse a la condición general por la que se incorpora a un contrato (o a una pluralidad de contratos) esa disposición o previsión legal. El control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales. El control de la cláusula en cuanto a su incorporación y transparencia en el contrato, sí corresponde a los tribunales.

Tras la resolución STJUE de 3 de marzo de 2020, no hay lugar a dudas de que a pesar de que el IRPH sea un índice de referencia oficial recogido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, las cláusulas contractuales que se refieren a dicho IRPH han de ser objeto de análisis casuísticamente por el Juez Nacional para examinar si ha superado el nivel de transparencia formal y material exigido.

ELEMENTOS DE CONTROL DE INCORPORACIÓN Y TRANSPARENCIA DEL IRPH COMO INTERÉS REMUNERATORIO: ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO:

A lo anterior debemos añadir que el interés remuneratorio es el precio que satisface el prestatario al prestamista por la concesión del préstamo. Por lo tanto, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan al precio del contrato y, por lo tanto, configuran los elementos esenciales del contrato (la jurisprudencia sobre esta materia se sintetiza en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 - ECLI:ES:TS:2017:2244).

En las sentencias de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 112/2017, de 23 de marzo, y 148/2017, de 6 de abril, se ha analizado y concluido que en *“un préstamo concedido por una entidad financiera la cláusula en la que se incorpora el interés remuneratorio y su modo de cálculo es un elemento esencial del contrato, que determina su objeto principal. En el pacto tercero bis del contrato se establece que el tipo de interés pactado para remunerar el mismo será variable y se*





fija que el modo de determinar ese interés variable será el de aplicar uno de los tipos legales de referencia. La cláusula es clara, es precisa y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que la cuota o plazo de devolución de su hipoteca se hará a partir de un tipo de referencia fijado y controlado por el Banco de España". Desde esta perspectiva la cláusula de referencia supera el control de inclusión y el control de transparencia formal en toda su amplitud.

La STS de 8 de junio de 2017 resume el alcance y significado del control de transparencia referido a cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato:

«... se ha establecido la doctrina consistente en que, 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 ».

La sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE en cuanto a la transparencia dice que la cláusula debe "posibilitar 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... las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones". En ese sentido parece exigir que el consumidor pueda conocer el método de cálculo y las consecuencias económicas. En cuanto al método de cálculo señala que "los elementos principales relativos al cálculo del IRPH 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".

La sentencia del TJUE (54) afirma que "resulta pertinente para evaluar la transparencia... la circunstancia de que, según la normativa nacional... las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible... 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.". Esto último obliga a los tribunales a comprobar que se han cumplido las obligaciones de información informando al consumidor de la evolución del índice IRPH de las cajas de Ahorros durante los dos años anteriores y el último valor y si no hay acreditación de esa





información hay que concluir que hay una falta de transparencia material. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de fecha 11 de marzo de 2020.

En relación con esta cuestión también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (FJ 6º.5) concluye que lo importante es que la cláusula deje claro que se trata de un interés variable y que este es uno concreto de los oficiales. Indicando que la información referida a la evolución de los dos años anteriores se exige para los préstamos inferiores a 150.253 euros en virtud de la circular 5/94. Además, la entrega de folleto ya no se exige para préstamos de mayor cantidad ni ya a partir de 29 de abril de 2011 y no se exige ahora por la Ley 5/2019.

Además el Tribunal Supremo dice que el consumidor debe poder "...comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado", y "no consta pues no se ha aportado por la demandada, a quien corresponde la carga de la prueba de que la negociación se produjo (art. 82.2 RDL 1/2007, sin que se halla acreditado que se ofertara al cliente el mismo préstamo referenciado a Euribor con un diferencial mayor, de modo que éste pudiera escoger entre una u otra clase de índice."

En relación con esta cuestión también la Audiencia Provincial de Barcelona concluye que lo importante es que la cláusula deje claro que se trata de un interés variable y que este es uno concreto de los oficiales. Indicando que la información referida a la evolución de los dos años anteriores se exige y el último valor se exige para los préstamos inferiores a 150.253 euros en virtud de **la circular 5/94** que exige además entrega de folleto y no se exige para préstamos de mayor cantidad ni ya a partir de 29 de abril de 2011 y no se exige ahora por la Ley 5/2019.

Esta referencia a la evolución en años anteriores parece dejar claro que no obliga a la entidad a simular escenarios futuros ni comparar otros tipos de interés, lo que podría entenderse como un asesoramiento al que los prestamistas no están obligados.

En el presente caso alega la parte demandante que su mandante carece de cualquier conocimiento financiero, más allá de los que puede tener cualquier ciudadano que contrata con su banco de confianza un contrato de cuenta corriente o el préstamo cuya cláusula se impugna. La carga de la prueba de su acreditación corresponde a la demandada, art. 217 LEC, en relación a que cumplió con todos los deberes de información y transparencia en al contratación del producto. No consta que la parte demandada informase sobre los efectos en caso de desaparece el IRPH, que había un sustituto, y también el tipo de cierre si desapareciera éste. El testigo si bien recordaba a los contratantes, no recordaba debidamente la contratación, que el padre era dueño de una tienda de neumáticos, que la hija era la que habitualmente iba a la entidad, que no se ofrecía nada más que el IRPH no el EURIBOR, que se les explicaba pero que puede ser que hayan dicho que lo entendían cuando no lo hacían realmente, que cree recordar que la hija tenía conocimientos, recordando solo una hipoteca, que el IRPH el diferencial era más bajo, que no recordba haber efectuado compartativas ni la evolución del índice.

Teniendo en cuenta que con arreglo a la inversión de la carga de la prueba que impone del *artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, la entidad demandada ninguna prueba ha aportado al respecto sobre la información facilitada a los prestatarios.

Siendo de aplicación al presente supuesto de préstamo firmado en el año 2006 y 2008, por importe de 109.000 euros y de 100.000.- euros la circular 5/94.



Codi Segur de Verificació: E

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 30/03/2021 21:17



Hubiera sido necesario que la entidad financiera acreditara que el consumidor comprendió o entendió la dimensión del precio que iba a pagar y específicamente, en lo que afecta a los índices IRPH CAJAS y sustitutivo ello se proyecta sobre una explicación completa sobre el método de cálculo empleado para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato que permitiera valorar al consumidor las consecuencias jurídicas y económicas de escoger estos índices.

No consta que se facilitara a los actores otra explicación que la contenida en la escritura hipotecaria y así, tal y como considera la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de autos, de la redacción de la cláusula en cuestión inserta en la escritura no se desprende que la entidad financiera demandada hubiera suministrado información a los demandantes de cuál había sido la evolución histórica del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato de préstamo y del último valor disponible, información que hubiera podido ofrecer al consumidor una orientación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de este índice, a fin de que los actores hubieran podido valorar si les interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euribor. Tampoco se constata que en el caso de autos se informara a los actores de las circunstancias concretas del modo de cálculo de este índice ni que se les suministrara información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia a efectos de que pudieran tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a este índice.

En cuanto al control de contenido El control de contenido supone someter la cláusula al art. 83 LCGC, es decir, valorar si contra las exigencias de la buena fe, ocasiona en perjuicio del consumidor, un desequilibrio grave en los derechos y obligaciones que resultan del contrato, no pudo el consumidor, optar con libertad por uno u otro índice por lo que para él hubiera supuesto una mejor opción y en ese sentido se aprecia un desequilibrio en el momento de la contratación entre una y otra parte.

En definitiva, la valoración conjunta de la prueba permite alcanzar la conclusión de que nos hallamos ante una evidente ausencia de información detallada y pormenorizada, que no permite que un consumidor medio, sin conocimientos específicos sobre la materia, como es el caso de autos, pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente regulados, de manera que ello permitiera a los actores comprender la carga económica y jurídica de contratar su préstamo con dichos índices y valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euribor.

Lo anterior conlleva a declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula contractual inserta en el contrato de autos por la que se establecen el índice IRPH y su sustitutivo.

CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD

La cuestión prejudicial planteada preguntaba si la nulidad debía dar lugar al mantenimiento del préstamo sin interés o la sustitución por el Euribor. La STJUE sostiene lo que es su doctrina en lo relativo a que el Juez no debe integrar las cláusulas abusivas y debe expulsarlas del contrato para garantizar el efecto disuasorio de la Directiva, con una salvedad y es que el contrato no pueda subsistir y la anulación del contrato sea más perjudicial para el deudor.





Hay alguna opinión minoritaria favorable a que eliminada la cláusula el préstamo quede sin interés.

El TJUE se plantea cual debe ser el índice sustitutorio por lo que parece excluir la posibilidad de que este tipo de préstamos queden sin interés. Las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales que han declarado la nulidad de la cláusula tampoco son favorables a dejar el préstamo sin interés, en este sentido las sentencias de las AP de Tarragona y Málaga en este sentido la SAP TARRAGONA ".....Se ha sostenido que el contrato de préstamo puede subsistir sin interés, en el sentido previsto por el art. 1755 CC y art. 314 C. comercio que contemplan ese interés remuneratorio como un elemento natural del contrato, requiriendo de pacto expreso para su exigencia. Sin embargo, no podemos dejar de constatar que el préstamo o crédito bancario es mercantil por razón del sujeto financiador que interviene en el mismo y porque se inserta y con él se desarrolla la actividad típica y específica de intermediación crediticia, esencialmente onerosa, siendo poco probable que el prestamista lo hubiere aceptado sin retribución alguna del capital por lo que el consumidor puede exponerse al riesgo y eventual perjuicio de que la entidad financiera solicite y obtenga su nulidad por faltar un elemento que altera radicalmente el equilibrio de prestaciones y se vea obligado a la restitución íntegra del capital pendiente (art. 1261 y 1258 CC).

En consecuencia, es posible la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, conforme al art. 10.2 LCGC, pues resulta necesaria para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, conforme a reiterada jurisprudencia, abriéndose diversas posibilidades y como más significativas: la aplicación del índice sustitutivo de la Ley 14/2013 y el Euríbor .

El propio TJUE en la respuesta a la cuestión prejudicial nos da pistas sobre la forma y manera en que debe producirse esa integración, pues admite que constatadas estas circunstancias el juez nacional 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 (65 y 66), en defecto de otro acuerdo diferente (65 a 70). En suma, como regla la previsión contractual que puede referirse a cualquier índice legal y, a falta de esta, el IRPH Entidades previsto en la Ley 14/2013 y su Disposición Adicional 15ª. "LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA entiende que debe aplicarse el IRPH entidades AUNQUE APRECIA PROBLEMAS DE TRANSPARENCIA CASO DE QUE EL MISMO HUBIERA SIDO PACTADO EN EL CONTRATO PUES DEBERÍA SER SOMETIDO AL MSMO CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CON LOS ELEMENTOS INDICADOS POR LA SENTENCIA TJUE. Y EN CUANTO A LA PREVISION DE LA LEY 13/14 ANALIZA SU NATURALEZA SUPLETORIA PARA CONCLUIR QUE LA TIENE Y OPTA POR APLICAR EL IRPH ENTIDADES

La reciente sentencia de la AP de Málaga que opta por la aplicación del euríbor: establece:

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 establezca 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 sct1ala 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.

También hay doctrina que defiende la supresión del índice manteniendo el diferencial establecido en el préstamo. De este modo, dicen, el préstamo no quedaría sin remuneración, sino que se convertiría de facto en un préstamo a interés fijo, siendo el interés el diferencial subsistente. Así permanecería incólume la naturaleza onerosa del contrato, a la vez que se prescinde solo de aquella parte de la cláusula que, referida al índice IRPH, se considera abusiva. Pero transforma el préstamo a tipo fijo.

Y también sentencias de los juzgados de instancia y AP de Málaga postulan de plano la aplicabilidad del Euribor con fundamento en la integración favorable al consumidor por el efecto disuasorio para el profesional del art. 83 TRCU, la interpretación contra proferentem (art. 6.2 LCGC y 1.288 CC) y un argumento de autoridad: el voto particular de la sentencia TS 669/2017, de 14 diciembre .

Dicho lo anterior considera este Juzgador en consonancia con lo declarado por la AP de Málaga que el índice que debe ser aplicado en sustitución es el euribor, por razones de interpretación contra proferentem e integración favorable al consumidor y la exposición que de ello hace y la conclusión a la que llega el voto particular de dos Magistrados en la sentencia del TS 669/17 de 14 de diciembre, porque desde el año 2004 es el índice más utilizado (más de un 80%) respecto al resto de índices, el de mayor conocimiento para los consumidores y así también porque respecto del carácter supletorio de la ley 13/14, entendemos que la misma se establece como supletoria para caso de desaparición de los índices, no para el supuesto de declaración de nulidad de la cláusula abusiva constatada judicialmente la falta de transparencia y abusividad, como resulta en el presente supuesto. En este caso el índice no desaparece en lo general y es sustituido por otro, sino que desaparece y puede ser integrado por el Juzgador con algún índice legal

Sentencia TJUE. 67 establece que: "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.

Por ello, las consecuencias de la declaración de nulidad de la referida cláusula deben conllevar su expulsión del contrato y la sustitución de los índices de referencia declarados nulos por el EURIBOR más el diferencial pactado en la escritura





hipotecaria con efectos retroactivos durante toda la vida del préstamo en que se haya aplicado el tipo de referencia declarado nulo . Y condenando a la entidad financiera demandada al recalcule de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR con el diferencial pactado y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH e índice sustitutivo cuya nulidad se ha declarado más los intereses legales de ese exceso desde la fecha de cada una de las cuotas calculadas conforme a esa estipulación.

TERCERO.- CLÁUSULA DE GASTOS DE LA HIPOTECA.-

La vigente Ley de Consumidores y Usuarios , cuyo Texto Refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2.007, de 16 de Noviembre, en su artículo 82.1 establece que: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas 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". Y al anterior, añade el apartado tercero del precepto que "en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive, determinen la falta de reciprocidad en el contrato".

La STS, Sala 1ª, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015, declaró, con carácter general y hecha exclusión de la estipulación por la que se impone al cliente-consumidor los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, la nulidad de la cláusula por la que se repercuten al consumidor los gastos de constitución del préstamo hipotecario por entender que se trataba "de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas(art. 89.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007)", atendida la circunstancia de que "la garantía se adopta en beneficio del prestamista" y que constituía un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (art. 82 del Real Decreto Legislativo).

No hay que olvidar que dicha sentencia se dictó en el marco de una acción colectiva de cesación en el que prima el control formal, por lo que, la declaración abstracta de nulidad de la cláusula por atribuir indiscriminadamente los gastos al consumidor, conlleva la expulsión de la cláusula del marco de la contratación pero sin entrar a determinar detalladamente criterios sobre a quién corresponderían dichos gastos.

Mientras, en el presente caso, en el que se ejercita una acción individual y en cuanto a la obligación de reintegro habrá que estar al concreto gasto y a la forma en la que el derecho positivo atribuye a uno u otro interviniente la obligación de soportarlo para determinar el sentido del pronunciamiento sobre si procede o no la reintegración de los gastos asumidos por el demandante. Si la cláusula transcribe la solución del derecho positivo en cuanto a la atribución de gastos, no podría atribuirse a la misma carácter abusivo alguno, al ser simple reflejo de la solución legalmente prevista.

La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 señala *que sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, quienes concretaran cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Más tarde indica que la jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en*





préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. Así pues, en lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta (art. 69 del Reglamento), será sujeto pasivo el prestatario, por indicación expresa del art. 68 del mismo Reglamento. Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y ss. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, conforme al ya citado art. 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (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).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio art. 68 del Reglamento. Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el art. 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales.

En el caso presente la controvertida cláusula GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO, viene resumidamente a establecer que el prestatario se obliga a pagar enteramente determinados gastos que en ella se recogen entre los que están reclamados por la actora. Y así pagar los tributos, abonar los gastos preparatorios de la operación por servicios de terceros entre ellos los gastos notariales y registrales relativos a la constitución, pagar los gastos de tramitación ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de Impuestos, los gastos de gestoría, entre otros.

Por efecto de dicha cláusula, la parte deudora corrió con todos los gastos y tributos derivados de la formalización de la hipoteca, incluidos aquellos cuyo pago





correspondía a la demandada. Los gastos fueron los siguientes según las facturas que acompaña:

Conforme la jurisprudencia del TS, es procedente declarar que a pesar de la nulidad de la cláusula, no procede en modo alguno condenar al pago del importe correspondiente a el impuesto AJD, ni el 50% de los gastos notariales.

El día 16 de julio de 2020, en el que se ha producido pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 16 Jul. 2020, C-224/2019, por cuestiones prejudiciales presentadas por dos juzgados nacionales, en las que el Tribunal europeo ha manifestado que:

“El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LA LEY 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula contractual abusiva que impone al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca, el juez nacional niegue al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de esta cláusula, salvo que las disposiciones de Derecho nacional aplicables en defecto de tal cláusula impongan al consumidor el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos”.

A consecuencia de dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en Sentencia 457/2020 de 24 Jul. 2020, Rec. 1053/2018 ratificando su posicionamiento previo. **El TJUE ha resuelto que** *“si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar.*

En relación a los gastos de gestoría, el Tribunal acoge la nueva doctrina del TS dictada en fecha de 26 de octubre de 2020 por la que procede condenar a la entidad al 100% de los gastos de gestoría, modificando el anterior criterio judicial. Respecto del gasto de tasación procede en el mismo sentido que lo ya resuelto por el TS imponer el pago a la parte demandada en cuanto al 100% acorde a la jurisprudencia del TS de reparto de gastos en correlación con la jurisprudencia del TJUE en sentencia de julio de 2020.

Partiendo de dicho posicionamiento, acudo a la documentación obrante en autos, y se extrae necesariamente la condena de la parte demandada a los siguientes conceptos:

Aranceles Notariales 50% (de constitución de hipoteca en tanto que los de cancelación corresponden al prestatario): 259,25 euros y 261,20 euros.

Aranceles Registrales 100% 0 euros acreditados.

Gestoría 100% 0 euros acreditados.

Tasación 100%: 0 euros acreditados.

520,45 euros en total.

CUARTO.- DE LAS CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD POR ABUSIVIDAD.

La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 *señala que una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la*





estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

El artículo 83 LGDCYU establece que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Una vez declarada la nulidad de la cláusula, con estimación de las acciones ejercitadas por la parte demandante, procede determinar cuáles son los efectos que se derivan de esta declaración en el caso concreto, puesto que desplegará todos sus efectos en supuestos futuros que pretendieren la aplicación o cargo de impuestos o gastos no imputables al consumidor. Por ello, a efectos de resolver respecto a las concretas pretensiones de reclamación de cantidad, deberá estarse a los concretos conceptos regulados en la normativa sectorial.

Por tanto, habiéndose abonado su totalidad por la actora en virtud del pacto contractual declarado nulo, debe restituirsele el exceso de lo abonado y, en consecuencia, condenar a la entidad bancaria al pago de las cantidades expuestas.

QUINTO. - INTERESES .- Las cantidades que son objeto de condena en la presente sentencia, se incrementarán con los intereses legales devengados por cada una de ellas, desde el momento en el que se efectuó su pago por el consumidor (ex art. 1.303 del CC). Dichas cantidades devengarán los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC (interés legal más dos puntos porcentuales) desde el dictado de la presente sentencia.

SEXTO.- COSTAS.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando SUSTANCIALMENTE la demanda, es procedente la imposición de costas a la parte demandada. Hay que ponderar la imposición acorde a la nueva jurisprudencia del TJUE en tanto que la no imposición cuando se estima sustancialmente toda la reclamación, el coste de asunción de los gastos del pleito, podría generar un efecto desaliento sobre los consumidores para poder reclamar sobre la abusividad del clausulado.

Vistos los preceptos indicados y demás de general y pertinente aplicación,





FALLO

Que **ESTIMANDO** í la demanda formulada por **D/D^a**.

representados por **Dña.**
Procurador **D/D^a** y defendido por Letrado/a **D/D^a**.
representado por Procurador **D/D^a**.
y defendido por Letrado/a **D/D^a**.

sobre declaración de nulidad contractual por cláusulas abusivas y reclamación de cantidad, procedo a dictar la siguiente resolución y en consecuencia:

Y respecto del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 13 de diciembre de 2002, ante notario D. **nº** y el préstamo de fecha de 12 de marzo de 2003, ante notario **nº** protocolo:

1. Declaro la **NULIDAD por abusiva DE LA CLÁUSULA IRPH e índices sustitutivos**, contenida en las escrituras de préstamo hipotecario objeto de autos de la que deriva la presente demanda, con todos los efectos inherentes a tal declaración. **Y en consecuencia CONDENO** a la entidad demandada a eliminar la citada cláusula de la escritura de préstamo hipotecario, y al recálculo de los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario utilizando como índice de referencia el **EURIBOR** más el diferencial pactado en la escritura de préstamo hipotecario y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el **IRPH e índices sustitutivos** cuya nulidad se ha declarado debiendo asimismo abonar el interés legal de las cantidades indebidamente cobradas desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción y los del art. 576 LEC desde el dictado de esta sentencia.
2. Declaro la **NULIDAD POR ABUSIVA** de la cláusula referida a **GASTOS**, y al efecto condeno a la parte demandada al importe de 520,45 euros en favor de la actora, junto con el interés legal del dinero desde su abono hasta el efectivo pago de lo debido al que corresponderá incrementar el interés procesal del art. 576 LEC desde el dictado de la presente sentencia.
3. Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Modo de impugnación: recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 de la LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 de la LEC).





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

El Magistrado

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

Codi Segur de Verificació: B03A9C8114C0B23503A7E57A7A70470711

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejeat.justicia.gencat.cat/IA/P/consultaCSV.html>

Data i hora 30/03/2021 21:17

