

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 PALMA DE MALLORCA. 20 de abril de 2020.

SENTENCIA: 00582/2020

TRAVESSA DE'N BALLESTER, 20-3ER.

Teléfono: 971219493, Fax: 971219498

Correo electrónico: Equipo/usuario: CCC Modelo: 0030K0

N.I.G.: 07040 42 1 2018 0008167

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001089 /2018

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE D/ña. Luis Andrés

Procurador/a Sr/a. GABRIEL TOMAS GILI Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. CATALINA SALOM SANTANA Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N º 582/2020

En Palma de Mallorca a veinte de abril de dos mil veinte.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, MAGISTRADA del Juzgado de Primera Instancia Número Diecisiete de Palma de Mallorca, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO 1.089/2018 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D. Luis Andrés, con Procurador Sr. Tomás Gili y Letrado Sr. Martinez Blanco, frente a la entidad financiera CAIXABANK S.A., con Procuradora Sra. Salom Santana y Letrado Sr. Manero Madrona, sobre NULIDAD RADICAL DE CLAUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN ESCRITURA DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y CONDENA A RESTITUCIÓN DE CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN APLICACIÓN DE DICHAS CLAUSULAS NULAS, se dicta esta sentencia en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Por la Procuradora actora se presentó demanda de Juicio Ordinario, que por reparto correspondió a este Juzgado, frente a la entidad financiera demandada, en la que, tras exponer en párrafos separados y numerados los hechos en que fundaba su pretensión y alegar los fundamentos de derecho que entendió aplicables al caso, terminaba por pedir al Juzgado se dictara sentencia por la que se declarase cuanto se interesaba en el suplico de la demanda.

SEGUNDO

Por Decreto se admitió a trámite de la demanda, emplazando a la demandada, con las formalidades legales de rigor, a fin de que, en el plazo de veinte días, se personase en autos y contestase a la demanda representada por Procurador y asistida de Letrado, lo que no se verificó en tiempo y forma, siendo declarada en situación de rebeldía procesal.

TERCERO

Mediante Diligencia de Ordenación se convoca simultáneamente a las partes a la Audiencia Previa prevista en los artículos 414 y ss. de la LEC, a cuyo acto, celebrado en fecha 21 de mayo de 2019, asistieron parte actora y demandada representados por sus respectivos Procuradores y con asistencia de sus Letrados. Intentado sin efecto el acuerdo o transacción y no existiendo cuestiones procesales que pudieran obstar la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, procedieron las partes, con mediación del tribunal, a fijar los términos de debate, concretando los hechos controvertidos y aquellos otros en los que existía conformidad, acordando seguidamente el recibimiento a prueba al no existir acuerdo entre las partes para finalizar el litigio ni existir conformidad sobre los hechos; admitiéndose aquellas que se reputaron pertinentes, siendo la única prueba admitida la documental quedaron las actuaciones vistas y conclusas para su resolución por sentencia en base a lo dispuesto en el art. 429.8 LEC.

Tras la celebración de la Audiencia Previa el procedimiento quedó suspendido hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE en relación al control de abusividad del IRPH. Se dicta esta resolución una vez resuelta dicha cuestión prejudicial por sentencia del TJUE.

CUARTO

En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Con base en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios y la legislación en materia de condiciones generales de la contratación, se ejercita por la parte actora acción de declaración de nulidad por abusiva y falta de transparencia de la cláusula vencimiento anticipado, del índice de referencia IRPH y su sustitutivo, y del apéndice de congelación del tipo de referencia, contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 9 de junio de 2006, condenando a la demandada a la eliminación de dichas cláusulas, a dejar el préstamo sin interese o subsidiariamente a aplicar el EURIBOR como índice de referencia, restituyendo las cantidades indebidamente pagadas en aplicación del IRPH durante toda la vida del préstamo hipotecario, más los intereses legales desde la fecha de cada cobro y hasta su efectiva satisfacción, así como al pago de las costas procesales.

Por su parte la demandada se opone a la demanda solicitando su desestimación alegando, en relación con el índice sustitutivo y el tipo de interés de cierre, al estar insertos en la cláusula reguladora del precio del contrato de crédito:

El consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa el conjunto de la estipulación, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del precio del contrato de crédito que suscribe.

Permite al cliente bancario conocer de la existencia del concreto índice de referencia que servirá para fijar el precio del contrato, aquel que lo sustituirá si deja de publicarse el primero y la fórmula para determinar el tipo de interés si el índice sustitutivo también deja de publicarse.

Dado el carácter esencial de la cláusula, no es creíble que un consumidor mínimamente formado pueda llegar a desconocer los índices de referencia que servirán para determinar el precio por la cesión o puesta a disposición de un

capital, sin que sea jurídicamente exigible que ese conocimiento pueda extenderse a su concreta fórmula de cálculo.

SEGUNDO

Se establece en la escritura objeto de la presente litis que la entidad financiera podrá exigir anticipadamente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del capital o sus intereses.

El artículo 693.2 LEC dispone que " Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019 , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria ."

Disponiendo el artículo 24 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, en relación al vencimiento anticipado.

"1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario".

En cuanto a la validez o nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 #, en su apartado 73 , alude a criterios para decidir la cuestión en los siguientes términos:

" 73. En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación

de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo."

Dicha doctrina se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1/2013 #, con modificación de la redacción del artículo 693.2 LEC, exigiendo el impago de al menos tres mensualidades para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

La STS de 23 de diciembre de 2015 considera abusiva una cláusula que faculta la resolución por el incumplimiento de un solo plazo de amortización, en lo más relevante, en los siguientes términos:

- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras).

- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de

un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de

11 de junio de 2015, al decir "(l)a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".....

En parecido sentido se pronuncia la STS de 16 de febrero de 2016: "Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente

graves. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita.

Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 #(caso C-415/11)."

La STJUE de 26 de enero de 2017 # establece criterios para apreciar una posible abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, en los siguientes términos:

"El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

- Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con

respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional.

72 Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores -los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales-, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como resulta de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

73 Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo.

-en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de

2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54)."

En el mismo sentido, el auto TJUE 11 de junio de 2.015 #, refiere:

"(A) fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica"

"En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Conforme a dicha doctrina jurisprudencial, se exige que dicho control de abusividad se realice en abstracto de acuerdo con la redacción de la cláusula en el préstamo hipotecario, y no en función de la entidad del incumplimiento del deudor.

A modo de resumen, y tal como se recoge en la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2.017, cabe considerar que "sin perjuicio que a priori el acreedor, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, está facultado a reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo (arts. 1129 y 1124 del Código Civil), y que, por tanto una cláusula que prevé el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, no es abusiva per se, sí que lo puede ser atendiendo a aquéllos supuestos en que no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, por no vincularse a parámetros cuantitativa o temporalmente graves, que es lo que acontece en el caso".

El Tribunal Supremo en auto del Pleno de 8 de febrero de 2.017 tiene planteada una cuestión prejudicial sobre esta cláusula, la cual pide acumularse a otras planteadas por otros tribunales españoles con las siguientes preguntas,

en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

"1.º- ¿ Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?. 2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?."

Conforme a la cláusula antes indicada el incumplimiento de un solo plazo de amortización es suficiente para facultar a la entidad bancaria al vencimiento anticipado, sin necesidad de valorar si el incumplimiento es esencial o no. La sanción de resolución anticipada de todo el préstamo hipotecario ante cualquier incumplimiento del prestatario, sin ningún grado de proporcionalidad entre dicha facultad y el incumplimiento, provoca un desequilibrio grave entre los derechos de las partes en beneficio del prestamista, con una consecuente falta de proporcionalidad entre la sanción y el incumplimiento en un préstamo hipotecario cuya duración inicialmente prevista en cuanto a su amortización era muy superior, por el solo hecho de que el consumidor deje de abonar una sola mensualidad. Asimismo, desde la perspectiva de la subsidiariedad, no se contempla una opción proporcionada para el caso de un incumplimiento no esencial, sino tan solo la resolución anticipada ante el menor incumplimiento de una mensualidad. Esta cláusula es incardinable en el artículo 87 TRLGDCU por falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe y en perjuicio del consumidor, y, por tanto, abusiva.

La SJUE de 26 de marzo de 2019 ha señalado, al resolver esta cuestión que: " Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

En atención a lo expuesto y siguiente el criterio jurisprudencial del TJUE debe declararse la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota de amortización del préstamo hipotecario.

TERCERO

En relación al análisis jurídico y jurisprudencial de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante IRPH), cabe indicar que la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada) habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos (IRPH BANCOS). b) concedidos por las cajas de ahorro (IRPH CAJAS). c) concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH ENTIDADES).

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).

El anexo VIII de la Circular 5/94 de 22 de julio define el IRPH 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".

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ("Ley 14/2013"), establece un régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia (Cajas y Bancos). La desaparición definitiva del IRPH -Cajas y del IRPH -Bancos se produjo el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH -Cajas e IRPH -Bancos fueron sustituidas, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

La STS Sala Primera, de 14 de diciembre de 2017, resuelve en casación un caso que había conocido en primera instancia el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria y en segunda instancia la AP de Álava, sección Primera, en un supuesto de una particular frente a la entidad financiera KUTXABANK S.A. (antes Caja de Ahorros de Vitoria y Álava) En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del préstamo hipotecario de fecha 21 de septiembre de 2006, en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,50% al índice oficial IRPH Entidades.; el tenor literal de la cláusula era: " el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN (de 0,5%) al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94". La cláusula establecía también que el tipo de interés sustitutivo era el IRPJ Cajas más un margen de 0.5 %.

La sentencia consideró nula, por abusiva, la cláusula por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice a los consumidores, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales, ofreciendo con carácter precontractual gráficos y simulaciones de esa comparativa, y, en especial, por no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables. La sentencia obligó a la entidad financiera a devolver las cantidades cobradas en aplicación del mismo. No se aplica como índice sustitutivo el EURIBOR, sino que se deja al préstamo sin intereses remuneratorios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia desestimando el recurso

de apelación que la entidad financiera había interpuesto contra la misma y KUTXABANK recurre en casación ante el TS.

Lo primero que se recurre es que el IRPH, índice de referencia del tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo sea calificada como Condición General de la Contratación. A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1 LCGC para su calificación como condiciones generales de la contratación.

En este punto, el TS desestima el recurso al considerar que conforme al art. 1 LCGC Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación: " son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, 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".

Y el art. 3.2 de la Directiva 93/13, que incide en que la cláusula no se haya 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.

Si bien, la referida STS de 14 de diciembre de 2017 señala, en lo referente al control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH, que la parte predisponente (la entidad financiera en el caso de autos) no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.

La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria. En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13 .

Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente.

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores este índice esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal. Parece argumentar el TS en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no se aplica al objeto principal del contrato, sin tener en cuenta que este punto de la Directiva no se traspuso por la LCGC española de 13 de abril de 1998, no haciendo esta distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contrato para determinar la abusividad de las cláusulas: así el art. 8 señala que: "1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor".

Analizado bajo ese prisma, entiende el TS en esta resolución que, gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula supera el control de inclusión.

En cuanto al control de transparencia, se determinaba en las sentencias de primera y segunda instancia recurridas, que el mismo obligaba a la prestamista a: 1º explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; 2º poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y 3º ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Si bien, entiende el TS que estos requisitos no eran exigibles.

Pese a señalar que " 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".

Considera el TS que " al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial del contrato de préstamo".

[...] Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, en opinión del TS en esta resolución, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

Dice el TS que la SAP tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH , pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

Señala igualmente el TS en esta resolución que el TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato.

El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía la Disposición Adicional Primera I- 2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU de 16 de noviembre de 2007), al exigir que: 1º se trate de un índice legal; y 2º en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

Lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH , que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

Si bien, en esta resolución se incluyó el voto particular que formula D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Señalando el voto particular que la STS, al realizar el control de transparencia del IRPH, no se ajusta a los criterios jurisprudenciales que el TJUE ha establecido, al considerar que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar el control de transparencia, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

: a través de la indicada reconducción del objeto del control de transparencia hacia conceptos o referencias más generales o descriptivos (remuneración del interés o fluctuación del interés cuando es variable).

«presumiendo» la comprensibilidad del prestatario, dando por sentado que un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables.

«invirtiendo» o «alterando» la carga de los deberes de información, al considerar que los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información «pública y accesible» para cualquiera.

Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla la Directiva 93/13/CEE , si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH - Entidades, como índice que responde a una configuración propia y diferenciada respecto de otros índices de referencia de posible utilización, algunos de ellos más usuales en el momento de la contratación, como el índice Euribor, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, establecer el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.

Entendiendo Orduña Moreno que respuesta debe ser resuelta desde una valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional, como tal, y que van más allá de la mera referencia de este índice oficial y concluyendo en su voto particular que debería haberse estimado parcialmente el recurso de casación, declarando la abusividad de la cláusula y aplicando como índice de referencia al préstamo hipotecario, el Euribor (sin el diferencial del 0,5 % que se había pactado, tanto para el índice de referencia inicial como para el sustitutivo).

Ante las dudas suscitadas por la interpretación que de la Directiva Comunitaria 13/93 hace el TS en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 2017, en relación al control de transparencia de la cláusula IRPH, por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, se plantea cuestión prejudicial ante el TJUE , en un caso en que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula de IRPH Cajas (más un diferencial de 0,25 %), frente a BANKIA. El préstamo hipotecario se celebró en fecha 19 de julio de 2001 en ese momento con CAJA MADRID.

Tras realizar interesantes reflexiones sobre el funcionamiento del IRPH, en el Auto se indica: que el IRPH- Cajas es un índice de referencia de interés variable minoritario,

puesto que tan sólo se utiliza en el 10% de los contratos de préstamo hipotecario en España, siendo el Euríbor, tipo interbancario en euros, el que se utiliza en casi el 90% restante. Asimismo explica que la utilización del IRPH-Cajas como referencia para el cálculo de los intereses aplicables a dicho préstamo supone, de media, una diferencia de coste de entre 18.000 y 21.000 euros de más, para cada consumidor, con respecto al Euríbor.

Las cuestiones planteadas al TJUE son las siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN: EL índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13 , ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

SEGUNDA CUESTIÓN:

2.1 Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 , no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

2.2 En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH? (i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor. (ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

2.3 Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su derecho nacional, se pregunta al Tribunal; si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, art. 4.2 de la Directiva 93/13 o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH? Hubiera sido interesante plantear la cuestión, más que desde el planteamiento de la "conducta desleal" por parte de la Entidad Financiera que siempre conlleva un elemento subjetivo, difícil de probar, desde la perspectiva del "conflicto de intereses", más objetiva, especialmente si se tiene en cuenta la capacidad que tenían las Entidades Financieras para "incidir" sobre el IRPH, según apunta la información transmitida por el Banco de España, (por no hablar abiertamente de "manipulación" de dicho índice) y por tanto cuanto más subía el IRPH mejor para el banco y peor para el cliente.

TERCERA CUESTIÓN : Si se declara la nulidad del IRPH cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 ? 3.1 La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, profesional. 3.2 Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.

En el seno del Procedimiento ante el TJUE para resolver la cuestión prejudicial planteada, la Comisión Europa realizó un escrito de alegados en fecha 31 de mayo de 2018. El informe de la Comisión tiene en cuenta, para analizar los datos económicos sobre el IRPH, las respuestas a las preguntas que se realizaron, al Banco De España, por escrito, al amparo del art. 381.1 LEC.

Con carácter previo a resolver las cuestiones planteadas en la cuestión prejudicial, la Comisión recuerda que el presente asunto versa sobre una cláusula esencial presente en un número elevado de contratos de préstamo hipotecario en España. Estos contratos son probablemente los contratos con más importancia económica y mayor repercusión social de entre los contratos de consumo, en la medida en que resultan clave para el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, reconocido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho que -como bien ha señalado el Tribunal- ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Directiva 93/133.

En segundo lugar y como señala el órgano jurisdiccional remitente en el propio auto de remisión, el litigio principal se plantea tras haber dictado sentencia el Tribunal Supremo (pleno de su sala de lo civil) en fecha 14 de diciembre de 2017, en relación

con una cláusula muy similar a la del asunto que nos ocupa. Dicha sentencia, pese a interpretarse los preceptos de la Directiva 93/13 por un órgano jurisdiccional de última instancia, fue dictada sin plantear la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Señala también la Comisión, que la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, al ordenamiento español. Por ello, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

Pues bien, en opinión de la Comisión, la elección del Reino de España de no incorporar al Derecho español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es conforme con el artículo 8 de la misma, que autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5.

De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales -aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato-, examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma.

Finalmente, la STJUE de fecha 3 de marzo de 2020 # señala que: "Sobre la primera cuestión prejudicial. [...] 28 Si bien la primera cuestión prejudicial como tal se refiere al IRPH de las cajas de ahorros, para dar una respuesta útil al juzgado remitente procede entender que mediante aquella dicho juzgado pide que se dilucide si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que queda fuera del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios.

29 Según el mencionado artículo 1, apartado 2, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13 . [...]

31 Tal exclusión requiere que concurren dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kuřionová, C-34/13, EU:C:2014:2189 , apartado 78, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 28).

32 Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180 , apartado 26; de 10 de septiembre de 2014, Kuřionová, C-34/13 , EU:C:2014:2189 , apartado 79, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartados 29 y 30).

33 En el caso de autos, de la descripción que hace el juzgado remitente de la normativa nacional aplicable al litigio principal se desprende que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»).

34 A este respecto, tal como observó en lo sustancial el Abogado General en los puntos 78 a 83 de sus conclusiones, resulta, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos. [...]

36 En consecuencia, la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

37 De ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)

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

39 No obstante, de las explicaciones incluidas en el auto de remisión sobre la segunda cuestión prejudicial se desprende que mediante la primera parte de esta cuestión el juzgado remitente se interroga más concretamente sobre la posibilidad de que un

órgano judicial nacional pueda examinar, aun cuando no se haya transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 al Derecho interno, si cláusulas como la controvertida cumplen la exigencia de transparencia preceptuado por dicha Directiva. [...]

43 Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309 , apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C- 179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 49).

44 Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13 , determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180 , apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C- 179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 50).

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

46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 , que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13,

EU:C:2014:282 , apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 71).

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

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

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

49 A ese respecto, como observó el Abogado General en los puntos 106 a109 de sus conclusiones, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de la celebración del contrato. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180 , apartado 44; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 48).

50 De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2 , y 5 de la Directiva 93/13 , no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 44).

51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 51).

52 Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 , EU:C:2015:127 , apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 46). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la

presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 47 y jurisprudencia citada).

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

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

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

56 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2 , y 5 , debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés

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

Sobre la tercera cuestión prejudicial

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

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

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

Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17 , EU:C:2019:250 , apartado 53).

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

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

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

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

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

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

66 En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo

contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio.

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

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

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

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

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2 , y 5 , debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas,

potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

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

CUARTO

En el caso de litis la cláusula de índice de referencia tiene este tenor literal: " Índice de Referencia Adoptado. Es el "tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado".

Fijándose como índice de referencia sustitutivo: "No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el Índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como Índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado".

Debe partirse la consideración de esta cláusula como condición general de la contratación. Como ya ha manifestado en numerosas ocasiones el TS desde la STS de 9 de mayo de 2013 (referente a la cláusula suelo), los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor pero la LCGC no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it".

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada.

Aunque resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo o en la hipoteca multidivisa). En este sentido han resuelto tanto el TS como el TJUE. Y, no constando que en el caso de autos, fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad).

No se utilizó la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad a través de la difusión en los medios de comunicación de la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país, no obstante tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos hallamos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa, no considerada válida como información precontractual o contractual por pacífica jurisprudencia, ya que se obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras, sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato.

Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado.

El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato.

Para cumplir con esta exigencia de información el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo la STJUE de 20 de septiembre de 2017 #(en un supuesto de hipoteca multidivisa), con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el deber del profesional de proporcionar los posibles escenarios que comporte la aplicación de dichos mecanismos.

En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, así como el carácter residual de su utilización, pues más del 80% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues debe recordarse que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el

consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH .

El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, cabe destacar que desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR.

Además se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos.

Asimismo, y desde el punto de vista de la publicidad que solía acompañar la utilización de este índice de referencia, cabe destacar que era habitual publicitar el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor, por lo que también parece razonable, en opinión de esta Juzgadora que debe exigirse a la entidad financiera, haber facilitado con carácter precontractual la exhibición de las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a los efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, así como la realización de simulaciones en diferentes contextos alcistas y bajistas de cada uno de los índices de referencia, a los efectos de que el consumidor pudiera tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a uno u otro índice de referencia.

Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en

su conjunto, lo que debería determinar por parte de la entidad financiera un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial del contrato.

Añadiéndose un plus en la transparencia para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva. Es decir, el nivel de protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/ CEE.

No comparte este Juzgadora la opinión del TS en su mencionada sentencia de 14 de diciembre de 2017 de que esta información del coste comparativo en una evolución de tiempo razonable (dos años antes de la celebración del contrato, tal y como señala la STJUE de 3 de marzo de 2020) #, mediante exhibición de gráficos y realización de simulaciones que evidenciaran y cuantificaran que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el EURIBOR, tal circunstancia perjudicaría y en qué medida concreta al prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior, sea " una obviedad", " ya que resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando".

No parece que esta simplista comparación realizada por el TS en la citada sentencia sea acertada ni afortunada, ya que resulta evidente que no nos encontramos ante supuestos de similar complejidad y facilidad de entendimiento para el " consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz". Máxime si tenemos en cuenta que era habitual que el diferencial del IRPH fuera inferior al del EURIBOR, elemento que, en opinión de esta Juzgadora, contribuía más a generar en el consumidor la expectativa de que el IRPH no sólo era un índice de referencia más "seguro y estable" sino más "barato" por tanto con menor coste económico en su préstamo hipotecario.

Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020 #, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado 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. Tal información hubiera podido dar al consumidor 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, y en el caso de autos, no 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 préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020.

QUINTO

Por último y en relación a las consecuencias relacionadas con el alcance de la nulidad, conforme art.6.1 de la Directiva 93/13, cabe destacar que el interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor.

No obstante, y por otra parte, también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC , art. 83 TRLGCU , art. 1303 del Código Civil y el principio de no vinculación en absoluto al consumidor de las cláusulas declaradas nulas por abusivas ex art. 6.1 de la Directiva 93/13 y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, conforme con el art. 7 de la Directiva 93/13.

En lo referente a las consecuencias de esa declaración de nulidad debe indicar que, en opinión de esta Juzgadora, y con base en la citada resolución del TJUE, por un lado, la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso. Por otra parte, la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor en los términos antes analizados.

En atención a lo expuesto procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción.

SEXTO

Declarada la nulidad del IRPH pactado en la escritura de préstamo hipotecario objeto de la presente litis, y su índice sustitutivo, y acordada la aplicación del EURIBOR como índice de referencia durante toda la vida del préstamo hipotecario así como la restitución de todas las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación del IRPH, decae la pretensión de declaración de nulidad del apéndice de congelación de dicho índice y la restitución de cantidades inherente a dicha congelación, al considerarse incluida en la pretensión anterior.

SÉPTIMO

En relación a las costas, estimada la demanda interpuesta, conforme a lo previsto artículo 394.1 LEC, en aplicación del principio del vencimiento objetivo, deben imponerse a la parte demandada.

FALLO

ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda presentada por D. Luis Andrés, con Procurador Sr. Tomás Gili, frente a la entidad financiera CAIXABANK S.A., con Procuradora Sra. Salom Santana, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la cláusula de IRPH y de su índice sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020, contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 8 de junio de 2006, objeto de la presente litis, y en consecuencia, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a eliminar dichas cláusulas, al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción, así como al pago de las costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN.: Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el cual se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS, a partir del siguiente al de su notificación en la forma establecida en el artículo 458 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, adviértase a las partes que el recurso no se admitirá a trámite si no acreditan, al interponerlo, haber constituido, mediante su consignación en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, un depósito por importe de 50 euros, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, así como el importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden jurisdiccional civil establecida por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012), modificada por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013), modificada nuevamente por el artículo 11 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Magistrado Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de la que yo, la LAJ, doy fe.