

SENTENCIA

En Barcelona a 20 de enero de 2022

Vistos y examinados por Francisco González de Audicana Zorraquino, Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona y su partido judicial, los autos de Juicio Ordinario seguidos con el núm. 325-17, a instancia del Procurador D. Fernando Bertrán Santamaria y de **D. MGM** bajo la dirección de los Letrados; D. José María, D^a. Maite, D. Alejandro y D^a. Susana, contra **BANKIA, S.A.** representada por la Procuradora Doña María Luisa y defendida por el Letrado D. Luis y de los que resultan los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación se presentó demanda de fecha 19 de abril de 2017 en la que solicitaba los siguientes pronunciamientos, - en relación al préstamo con garantía hipotecaria por importe de 132.222,66 euros obtenido para financiar la adquisición de la vivienda-; que se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto, (sic):

1.- La Cláusula Tercera Bis de la escritura de crédito con garantía hipotecaria que se aporta como DOCUMENTO 1, en lo relativo al interés variable IRPH Cajas.

2.- La Cláusula Tercera Bis de la escritura de crédito con garantía hipotecaria que se aporta como DOCUMENTO 1, en lo relativo al interés variable IRPH CECA.

3.- La Cláusula Sexta de la escritura de crédito con garantía hipotecaria que se aporta como DOCUMENTO 1, la referida a los intereses moratorios.

4.- La Cláusula Sexta de la escritura de crédito con garantía hipotecaria que se aporta como DOCUMENTO 1, la referida al vencimiento anticipado, en lo que concierne al supuesto o apartados a, b y f.

... y que, como consecuencia inherente a la declaración de nulidad...

1.- Las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, todo cuanto por aplicación de las citadas cláusulas hubieran recíprocamente intercambiado.

2.- El préstamo continúe su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas.

SEGUNDO.- Se admitió a trámite la demanda dándose traslado de la misma a la demandada y por el plazo de 20 días.

Se contestó por la dirección jurídica de la entidad BANKIA, S.A. solicitando una sentencia desestimatoria con imposición de costas al actor, alegando en forzada síntesis y con carácter previo, la caducidad de la acción, si bien se desistió de dicha excepción en conclusiones. Subsidiariamente, que por parte la entidad bancaria se cumplió con todos los deberes de información, que el demandante escogió la opción económica que entendió más acertada y que la entidad no ha recibido queja alguna durante la ejecución del contrato. Con relación a la cláusula relativa del IRPH cajas significar que forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, debe presumirse su licitud al ser amparada por la normativa administrativa y que de haberse firmado el euríbor más 2 puntos, hubiera sido análogo al tipo de interés variable suscrito en el préstamo, añadiendo que en todo caso, la firma fue ante notario con todas las advertencias y garantías legales.

TERCERO.- Por este juzgador se plantearon cuestiones prejudiciales relacionadas con el asunto de autos que dieron lugar a la sentencia del TJUE de

fecha 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, y al auto del TJUE de fecha 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20.

Se celebró la audiencia previa en fecha 18 de enero de 2022, solicitándose por las partes, y concediéndose como medios probatorios; documental y más documental.

Sin otra prueba, y tras las conclusiones, quedó el pleito visto para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- i) De la condición de consumidor del demandante, ii) del carácter de condición general de la contratación de las cláusulas impugnadas y, en concreto, del IRPH Cajas, y iii), de su sometimiento a la exigencia de transparencia que reclama el TJUE, al no ser una condición legal e imperativa.

i) Sobre lo primero no existe discusión. El préstamo se formalizó para la adquisición de la vivienda familiar, es decir, no se realizó ningún acto de mercantil por el Sr. M lo que hubiera cambiado su posición y las normas tuitivas a su favor, en definitiva, se trata de una persona física que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, (art. 3 TRLGDCU y artículo 111-2 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña).

ii) En cuanto a lo segundo, todas las cláusulas debatidas son condiciones generales impuestas por la entidad bancaria demandada y, en concreto, el IRPH Cajas. Tampoco se discute y cumple sus requisitos; a) *Contractualidad:* b)

Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, c) Imposición y d), Generalidad.

La clave en este asunto es si la condición general ha sido negociada y eso implica no solo una información sobre la misma, una transparencia en su conocimiento, -presupuesto que se analizará después-, sino además, que el consumidor pudiera influir en su negociación, hecho que no acontece, ni se prueba por la entidad a la que le incumbe¹.

Siendo esto así, surge una asimetría informativa, teniendo la posición dominante la entidad bancaria, la que conoce e impone las cláusulas, las condiciones generales de la contratación.

El que dicho índice se regule por la Circular 5/1994, de 22 de julio,² no hace desaparecer su calificación de condición general de la contratación.

Desde el momento en que dicha condición queda incorporada al préstamo hipotecario, escogiendo libremente la entidad bancaria entre las diferentes opciones, le dota de los anteriores requisitos. Ese acto asumido libremente por la entidad e impuesto al consumidor convierte a la cláusula en una condición general de la contratación sobre un elemento esencial.

La intervención de la institución pública, el Banco de España, en su definición, publicación y control, y que dicho índice de referencia sea oficial, no supone la pérdida de su imposición al consumidor.

iii) En relación a la tercera afirmación, es decir, la exigencia de transparencia que nos exige el TJUE. *Conforme al principio de vinculación a la jurisprudencia del TJUE que se regula expresamente en el art. 4 bis de la LOPJ.*

La cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, celebrado entre un consumidor y un profesional, que estipule que el tipo de interés aplicable al

¹ STS de 9 de mayo de 2013, nº de resolución: 241/2013, apartados 160 a 164.

² En vigor desde 11 de agosto de 1994 a 29 de abril de 2012. Límite de cantidad igual o inferior a 150.253,03 euros, como es el supuesto examinado, 132.222,66 euros.

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, está sometida a la exigencia de transparencia.

Lo contrario, es decir, obviar la transparencia, requiere de dos requisitos, a saber: i) la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y ii), esta disposición debe ser imperativa, (C-125/18, &31). Y no es imperativa. La 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, (C-125/18, &33). 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, (C-125/18, &34).

BANKIA tenía la facultad de definir el tipo de interés variable, según indica el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, «de cualquier otro modo, siempre que [resultara] claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho» (C-125/18, &35).

Por lo tanto, que dicho índice esté regulado o controlado por la Administración, no implica omitir el deber de transparencia exigido por el TJUE y que la entidad bancaria debe transmitir al incorporarlo libremente al préstamo hipotecario, al escoger entre los diferentes índices que tenía a su disposición.

La exigencia de transparencia implica un deber para la entidad bancaria, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, como veremos.

PRIMERO.- A) Análisis de la cláusula del tipo de interés variable IPRH CAJAS. Particularidades.

Se debe partir de una diferenciación de conceptos que ha sido confusa en este tema³:

(1) Un concepto económico es el denominado índice simple, al que se remite una operación de préstamo hipotecario, un parámetro de referencia - (Euríbor, IRPH, Mibor)- cuyas oscilaciones determinan, de manera directamente proporcional, las oscilaciones de las cuotas a pagar por el cliente.

(2) Otro concepto económico es el tipo de interés de esa operación, resultado de incorporar un diferencial, bien positivo o bien negativo, al índice simple de referencia.

(3) Y otro concepto económico es la tasa anual equivalente, la TAE, resultado de adicionar al tipo de interés de la operación, las comisiones y gastos inherentes a la misma; o, lo que es lo mismo, el coste total de la operación.

Pero en este caso, lo más trascendente, **es que el IRPH de Cajas ya es de por sí una TAE**, a diferencia del resto de índices, es decir, para configurar el precio del préstamo se debe partir de las medias simples no ponderadas de las TAE del resto de los préstamos no referenciados a este índice, y luego aplicarle el diferencial y las comisiones del propio préstamo, por lo que indudablemente siempre será superior este índice a cualquier otro⁴.

³ STS 669/2017, de 14 de diciembre, fundamento de derecho sexto, apartado 8º y 12º, (*media de los índices hipotecarios o media de los tipos de interés medios aplicables*).

⁴ Circular 5/1994, de 22 de julio (BOE número 184 de 3 de agosto de 1994), Exposición de Motivos su párrafo cuarto: "los tipos de referencia escogidos, **son, en último análisis, tasas anuales equivalentes**. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. **Para igualar la TAE, de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría, según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo**

Veamos ahora las **particularidades** de dicha cláusula en relación también con la más habitual en los préstamos hipotecarios, es decir, los referenciados al euríbor.

Estas singularidades son extraídas de las contestaciones dadas por el Banco de España al oficio remitido al Juzgado Mercantil número 4 de Burgos y del informe público del Síndic de Greuges de Catalunya, septiembre de 2015, que también recoge las anteriores contestaciones.

1. El IRPH de cajas se calculaba a partir de los **datos facilitados por las mismas cajas cada mes.**

2. El IRPH se calcula como **media simple**, con el mismo peso de todas las Cajas (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una caja, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH.

3. **A menos Cajas, más influencia en el IRPH**, (igual que ahora con el IRPH de entidades).

4. **Cualquier caja podía influir** en el resultado del IRPH incrementado los intereses que aplicaba en el mes en cuestión.

5. Se declara por las Cajas o entidades al Banco de España la **TAE con comisiones**, éstas últimas suponen aproximadamente + ¼ punto, no es por tanto solo el tipo de interés nominal. Con lo que se cargan comisiones y gastos, además del interés nominal. En el coste total del crédito también se incluyen las cláusulas suelo o el redondeo al alza. En todo caso, y conforme a normativa, se eliminan los tipos que hayan sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados; esos datos que se eliminan, harían bajar el resultado.

IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección".

A dichas conclusiones, que no parecen discutibles, debe sintetizarse, en relación a la comparativa de estos dos índices, lo siguiente.

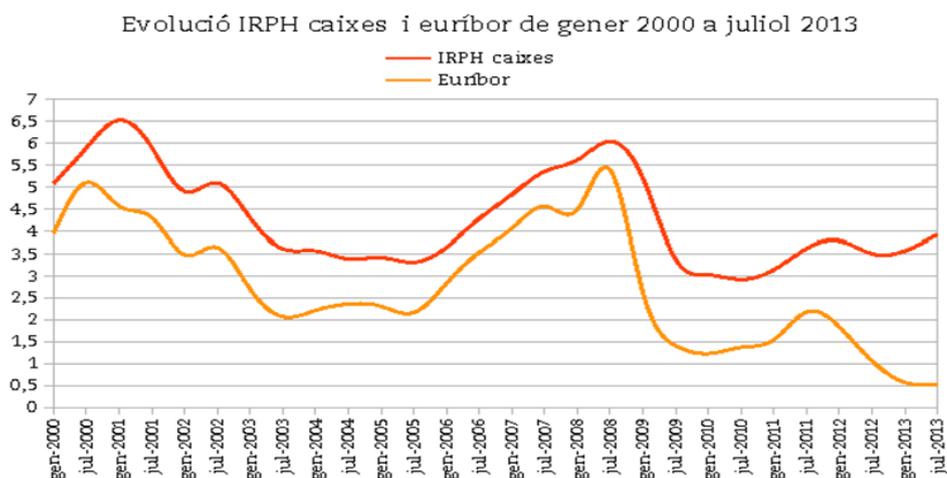
El **IRPH** se confecciona con datos que no son públicos. Además su cálculo no es auditable y en su resultado no se incluye ponderación por volumen de negocio, por lo que no es tan aleatorio, y también es posible que se eliminen las bonificaciones a clientes. Según la normativa este índice tiene como fin; el coste del mercado nacional, coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito, *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.*

El **euríbor** se confecciona con datos públicos. Además para obtener su resultado se elimina el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos de interés recolectados y se realiza la media aritmética con el resto de valores, pero los datos empleados son aportados exclusivamente por un número limitado de entidades, seleccionadas por su volumen de negocio y representatividad.

Se trata del tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario del euro. Su fin, por tanto, es el precio actual del dinero.

Pero lo más trascendente, repito, el IRPH es una TAE, incorpora ya de por sí unas comisiones y gastos, -de ahí la obligación impuesta por el Banco de España de igualarlo con diferenciales negativos-, el euríbor no.

El siguiente gráfico es explicativo de la evolución de uno y otro índice:



Dades Banc d'Espanya

PRIMERO.-B) EL IRPH de cajas no es transparente.

Si bien no debería ser una afirmación discutida, en tanto en cuanto el propio TS aplicando imperativamente la STJUE concluye en las cuatro sentencias de referencia⁵, que no sobrepasa la exigencia de transparencia, no solo por no haber otorgado la información, cuestión que omite, sino porque en todo caso y en todos los casos, no se le facilitó al consumidor la evolución de este índice en los dos últimos años, requisito normativo obligatorio y del que se hace que eco la STJUE⁶.

No obstante, y en aras a agotar los argumentos: “De la exigencia de transparencia impuesta por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/18. Control objetivo o de incorporación y control subjetivo o de transparencia. Incumplimiento de ambos.”

La STJUE de 3 de marzo de 2020, a mi entender, expone, si bien en orden inverso, dos tipos de controles que debe superar el IRPH Cajas; objetivo y de

⁵ Sentencias 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre.

⁶ Conclusión 3ª de la STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18.

transparencia, o respectivamente, y en denominación nacional; el control de incorporación y de transparencia.

*** El control de incorporación o control objetivo, cumplimiento de la normativa.**

Un control que viene determinado por la exigencia de cumplir con los requisitos de incorporación previstos en los arts. 5 y 7 LCGC (transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula y efectiva aportación o puesta a disposición de tal cláusula, al igual que el resto de condiciones generales, al adherente), así como por el cumplimiento de los requisitos de la normativa sectorial bancaria (anteriormente Orden de 5 de mayo de 1994, que es la aplicable al supuesto de autos, y la actual Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, que imponen a las entidades bancarias unos deberes informativos más amplios). Este control se supera con la acreditación del cumplimiento de estos deberes formales, con independencia de que el adherente efectivamente tenga conocimiento o no de su contenido y/o lo comprenda.

La OM 5/5/94 tiene un periodo de aplicación del 11 de agosto de 1994 al 29 de abril de 2012. Se aplica a préstamos con garantía hipotecaria con límite de cantidad igual o inferior a 150.253,03 euros, si bien, a partir del 9 de diciembre de 2007 y hasta el 28/06/2014, *-Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito-*, la exigencia de transparencia, en préstamos con garantía hipotecaria de vivienda, se aplicaba con independencia de la cuantía de los mismos, art. 48.2.a), de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificación operada por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas

inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, todavía en vigor, es una ley de modificaciones.

Por lo que es aplicable dicha normativa al supuesto de autos, contrato de préstamo de fecha 19 de julio de 2001 por importe de 132.222,66 euros para financiar la adquisición de la vivienda.

Pues bien, dentro de la normativa aplicable, el TJUE se hace eco de los aspectos normativos que los considera especialmente pertinentes⁷.

La cláusula tercera bis de este préstamo dice:

«El tipo de interés pactado se determinará por períodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, [redondeado] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic].»

- Así, y en relación con una cláusula como la controvertida, 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, 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

⁷ Pero como no podía ser de otra manera el TJUE, obliga al juzgador a (sic C-125/18, &55) a 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.

un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado, (C-125/18, &53) .

Pues bien, este dato que también corresponde comprobar al juzgador, y descartando el acceso a la publicación del BOE en formato papel, dado el público minorista al que estaba dirigido, la publicación de los datos para que puedan ser fácilmente accesibles no pueden identificarse con los ofrecidos vía Internet, esto no ocurrió hasta el año 2002, después del momento de celebración del préstamo hipotecario.

Es indudable que esta circunstancia o elemento no debería tener ninguna relevancia por sí sola si no se cumple el resto de las obligaciones contempladas en la normativa, y podrían ser superadas todas ellas, en caso de facilitar al consumidor información para comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo y poder valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas, &34 del Auto TJUE 17/11/2021, asunto C-655/20.

- Y el segundo requisito normativo al que hace referencia la STJUE C-125/18 es; “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**⁸. Tal información también puede dar al consumidor una indicación

⁸ Añadiendo que se trata de una obligación que es ampliada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ya que pasa dicha obligación de información de evolución del índice, sin limitación cuantitativa, de 2 a 15 años. *Art. 20. 2. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo*

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” (C-125/18, &54). **Hecho normativo y objetivo incumplido.**

- Además, se incumplen otros requisitos o deberes normativos impuestos a la entidad bancaria y que corresponde al juzgador tutelar. Tampoco consta la entrega de un folleto informativo ni de una oferta vinculante, art. 3 y 5, de la Orden de 5 de mayo de 1994, ni tampoco es correcta la definición plasmada en la cláusula, no consta que los tipos medios ponderados sean TAE, por lo que no sobrepasa una mera comparativa con la definición legal recogida en el Anexo VIII.2 Circular 5/1994, de 22 de julio⁹, hecho objetivo que no sería trascendente como dice el TJUE: “siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.”. (Apartado 34, Auto TJUE 17/11/2021 asunto C-655/20).

Son hechos objetivos que indudablemente debería demostrar la entidad bancaria.

disponible si es menor. Orden en vigor. Además, superada en garantía por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ANEXO I, Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que obliga a mostrar el tipo a 20 años.

⁹ “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro: Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los **tipos anuales equivalentes** declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.”

***Del control subjetivo o la exigencia de transparencia impuesta por el TJUE, el llamado control de transparencia sobre el IRPH cajas incluido como condición general de la contratación en el préstamo hipotecario.**

Un control de transparencia que, tal y como afirma esta STS de 9 de mayo de 2013, es un control separado y diferente del control de inclusión; no se agota en el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación antes referidos, ni en el cumplimiento de las obligaciones formales impuestas por la normativa de transparencia bancaria, ni en la redacción clara, comprensible y sin ambigüedades de la cláusula (lo que podría denominarse como transparencia interna de la cláusula). Se trata, en definitiva, con este control de comprobar que el **deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos)**; de modo que, en este concreto caso, se debe comprobar si, a partir de la información suministrada, el adherente conoce y es consciente de esa cláusula, existe y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato; se busca comprobar que el prestatario tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

Este control de transparencia implica que la cláusula debe ser clara y comprensible en el momento de la firma para el consumidor, pudiendo añadirse, que resulta imprescindible para su comprensión, la información facilitada por la parte predisponente.

Ni la cláusula del IRPH para cualquier ciudadano medio o para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz es de fácil comprensión, ni se le facilitó información alguna al consumidor.

Si bien no sería un requisito indispensable, el constatar que se ha transcrito adecuadamente la definición de este índice en la cláusula para su comprensión¹⁰, lo que tampoco puede ser es una cláusula equívoca, que es lo que realmente es.

Dicho control que también es exigible a la cláusula analizada en modo alguno se cumplimenta por la entidad en este caso.

Obsérvese lo que dice el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020:

*(&49)...la exigencia de transparencia, -de interpretación extensiva, (&50 y STJUE de 20 septiembre 2018, asunto C-448/17, &61)- 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...***

*(&51) 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...*

(&52)...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

¹⁰ Debe constar de manera transparente y clara la definición del índice y en concreto en la mención expresa que se trata que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España.

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Anexo II 3 bis 2 a).

2. Identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia.-En lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula deberá expresar:

a) La definición del mencionado índice o tipo de interés.

negociación de un contrato de préstamo... 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...

Es decir, es la parte predisponente la que debe acreditar que facilitó a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica que ocupará el deudor y la carga económica de la cláusula del IRPH, conforme a lo antedicho. Y esto evidentemente tampoco se ha probado, art. 217.3 y 4 de la L.E.C.

No hay información acreditada por la entidad bancaria en el momento de la celebración del contrato, de ninguno de los elementos antedichos.

Por lo que, no cumpliendo la exigencia de transparencia en su vertiente objetiva o normativa o en su dimensión subjetiva o de información a favor del consumidor, no puede sino entenderse que dicha cláusula impuesta es nula, art. 8 .1 de la LCGC.

SEGUNDO.- De la exigencia de sobrepasar el juicio de abusividad aun no siendo transparente la cláusula esencial del contrato¹¹.

Con carácter previo debe significarse que esta consecuencia ya se regula actualmente en el art. 83 párr.2º del TRLGCU y en el art. 5.5 de la LCGC¹², y si

¹¹ STJUE apartado 37 del asunto C-655/20 y apartado 33 del asunto C-79/21.

bien dicha Ley no tiene efecto retroactivo, cuestión discutible porque lo es a favor del consumidor, lo que no puede acontecer es que se utilicen los efectos retroactivos de otra Ley, artículo 24 de la LCCI para dar respuesta a la cláusula de vencimiento anticipado¹³, y en este supuesto tratándose de una norma a favor del consumidor no se aplique retroactivamente¹⁴.

No obstante, se analizará el carácter abusivo de la cláusula esencial no siendo transparente.

Lo mismo se desprende de los dos autos recientes dictados por el TJUE.

El juicio de abusividad lo conforman dos criterios; i) que no haya una merma de los derechos y obligaciones del consumidor por aplicación de la cláusula y ii), la exigencia de la buena fe de la entidad predisponente.

Si bien se trataría de dos requisitos no acumulativos, en este caso concurren ambos.

1. "En relación con el examen del desequilibrio importante causado por cláusulas que prevén, a cargo del consumidor, gastos distintos de los intereses, tal examen **no puede limitarse a una apreciación económica** de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a

¹² Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

¹³ STS de fecha 11 de septiembre de 2019, nº 463/2019, la pauta establecida para los préstamos vencidos con posterioridad a la Ley 1/2013, incumplimiento de pago del deudor conforme a la gravedad prevista en el artículo 24 de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

¹⁴ ATJUE apartados 28 y 31 del asunto C-321/20 28. "En consecuencia, al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por este, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que esta persigue y, por lo tanto, de atenerse al artículo 288 TFUE, párrafo tercero (sentencia de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartado 31 y jurisprudencia citada)...De lo anterior resulta que, en el presente asunto, la aplicación del principio de seguridad jurídica, tal como la contempla el órgano jurisdiccional remitente, no puede permitir que se aplique un criterio jurisprudencial nacional que no es conforme con la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 realizada por el Tribunal de Justicia en su sentencia Banco Español de Crédito."

cargo del consumidor, por otro. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que un desequilibrio importante puede resultar meramente de un **menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales** (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51).". (Apartado 40, Auto TJUE 17/11/2021 asunto C-79/21)

El desequilibrio de los derechos y las obligaciones lo encontramos fundamentalmente, porque el consumidor no ha sido capaz de entender aquello que estaba firmando, es decir, la entidad no transmitió correctamente que se trataba de un índice que de por sí ya es una TAE al que se aplican sus propias comisiones, gastos y diferencial.

El desequilibrio se encuentra indudablemente en la merma de la información que le fue suministrada en el momento de la firma al consumidor, desconociendo todas las particulares antedichas, su propio concepto y la obligación de aplicar un diferencial negativo por la entidad.

Es indudable que todo lo anterior debió quedar plasmado en el contrato o añadirse a modo de información relevante como parte vinculante del mismo, para así decidir libremente el consumidor, dicha ausencia de información le pone en una posición jurídica de claro desequilibrio con la predisponente que impone la cláusula, contraviniendo el artículo 5.1 párrafo segundo de la LCGC, vigente a la firma del préstamo.

2. En cuanto a la buena fe: debo comprobar,... " **si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual** (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50, y de 7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 y C-483/18, EU:C:2019:930, apartado 55 y jurisprudencia citada)". (Apartado 39, Auto TJUE 17/11/2021 asunto C-79/21).

La buena fe no tiene encaje con la falta de cumplimiento, no de una recomendación, sino de una obligación tal y como fue redactada e impuesta por el Banco de España, en el sentido que; dado que estamos ante una TAE y para que pueda ser competitiva en el mercado *sería necesario* aplicar un diferencial negativo. En este caso es positivo + 0,25 y, además, con redondeo al alza.

Y es imposible que haya buena fe en tanto en cuanto el consumidor de conocer todo aquello que estamos plasmando en esta resolución, a buen seguro, no hubiera firmado el préstamo de su vida.

Es contrario a toda lógica jurídica apreciar la buena fe en la entidad bancaria incumplido todos aquellos elementos, datos, y circunstancias analizadas desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Lo que de por sí debería conducir al carácter abusivo la cláusula esencial, en cualquiera de las acepciones del adjetivo.

Es contrario a razón trasladar la responsabilidad a dicho consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz que no fue debidamente informado y ante el que se incumplió la normativa administrativa, por lo que es razonable presumir que de haberse conocido todos aquellos elementos subjetivos y objetivos a la fecha de celebración del contrato, el consumidor no hubiera comprometido, posiblemente la totalidad

de su patrimonio, a un índice que siempre sería superior a la media, no ponderada, sino aritmética del total de los costes del crédito, sobre los que partía su índice, es decir, nos llevaría al absurdo de posicionar una hipótesis de lo que hubiera acontecido de haberse otorgado la debida información al consumidor, que es el único perjudicado, hipótesis que solo tiene una respuesta, no lo hubiera firmado.

El incumplimiento normativo por parte de la entidad bancaria al no aplicar un **diferencial negativo al calcularse el IRPH** cajas sobre la media ponderada de los tipos anuales equivalentes, conduce inexorablemente a que siempre sea un índice superior al de mercado. Incuestionable para estimar la falta de este requisito.

Añadiendo que es un requisito indispensable, la buena fe, para que sobrepase la exigencia de transparencia. El concepto de «buena fe» es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual. (Apartado 38, Auto TJUE 17/11/2021 asunto C-79/21).

TERCERO.- La consecuencia.- La declaración de su carácter abusivo implica que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, salvo que se otorgue su consentimiento, además de no poder integrar dicho contrato mediante una norma de derecho nacional, (C-125/18, &58 y 59) y ello con la finalidad de no eliminar el efecto disuasorio.

El carácter esencial de la cláusula IRPH.

Con independencia de la opinión del juzgador, lo que parece indudable para el TJUE, es que la facultad o decisión de interpretar dicha cláusula referente al interés variable en un préstamo hipotecario como esencial o no corresponde, por un principio de armonización y seguridad jurídica, al Tribunal

Supremo con arreglo a las normas de derecho interno¹⁵. Por lo que si otras cláusulas; la del vencimiento anticipado, la cláusula multidivisa o la cláusula suelo, han sido calificadas de elemento esencial del contrato, con mayor motivo será ésta que determina directamente el precio del contrato.

Si el índice pactado, el IRPH Cajas, es esencial, su eliminación implicaría que no puede subsistir el préstamo hipotecario, por lo que en este caso el juez nacional puede sustituir dicha cláusula por una disposición supletoria de derecho nacional, ya que *la declaración íntegra de la nulidad del préstamo hipotecario podría exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para éste una penalización, (C-125/18, &61), de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, (C-125/18, &63)*

Pero **dicha nulidad no puede ser decretada por el juzgador sin el consentimiento o beneplácito del consumidor**, éste se erige en el protagonista o máximo interesado en dicha declaración, no cabe interpretar su voluntad.

Sentencia Banif Plus Bank (C 472/11), apartado 35.

Se plasma en la posibilidad de que dispone el consumidor de expresar su opinión y la obligación que incumbe al juez nacional «de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

TJUE, sentencia 3 de octubre de 2019, C-260/18

¹⁵ Apartado 68 STJUE 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17. Y apartado 60 y 63 de la STJUE, sentencia 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17. Apartado 63 STJUE 16-07-20 C-22419 y C-259/19 y STS nº 463/2019, pleno de 11 de noviembre de 2019 relacionada con la cláusula de vencimiento anticipado.

55 *De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener a fortiori el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.*

56 *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, tal como se contemplan en la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante.*

STS (Ponente D. Pedro José Vela) de 23 de julio de 2020 (Roj: STS 2626/2020): "La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula (previa su declaración de falta de transparencia, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio), es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 LCGC y 83 TRLGCU (art. 10 bis LGCU, en la fecha de suscripción del contrato). Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la Directiva 93/13. **No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea** (por todas, sentencias 654/2015, de 19 de noviembre, y 558/2017, de 16 de octubre, y las que en ellas se citan, tanto de esta sala como del TJUE).

No obstante, de la candela la sentencia del TJUE C-125/18, no puede extraerse un principio gravoso para el consumidor que sería entender que la nulidad implica la devolución de aquella cantidad recibida más sus intereses legales desde su percepción, -al 5,50% en la fecha del contrato-, debe por tanto dejarse al margen en esta decisión la aplicación de los intereses legales, a salvo que se devenguen a partir de su liquidación, tanto porque se extrae de la jurisprudencia citada como por la aplicación conjunta de los artículos 1.303 y 1.306.2 del código civil.

(C-125/18, &63) 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...

En caso de no aceptarse la nulidad del préstamo hipotecario por el consumidor, debe aplicarse la siguiente opción acorde con las sentencias del TJUE.

La aplicación de una disposición supletoria de derecho nacional se justificaría en el derecho europeo siempre que se cumpla lo siguiente;...*dicha 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, (C-125/18, &62).*

Dicha disposición normativa no puede ser; - por no cumplir los principios o fines comunitarios, tanto de reemplazar el equilibrio formal del contrato por el real, C-26/16 (&81 y 82) C-70/17 y 179/17 (&57), como por la omisión que

supondría en su caso del principio del efecto disuasorio, C-26/13 (&83 y 84) C-70/17 y 179/17 (&58)-, el índice previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013.

No se trata de un índice que tenga carácter supletorio a estos efectos, tanto por ser esencialmente idéntico al declarado nulo como por no cumplir la máxima del efecto disuasorio que se impone al predisponente. Tampoco el legislador tenía voluntad de sustituir un índice nulo por otro de contenido jurídico y económico análogo, en definitiva, no se trataría de una sustitución pacífica que busca mantener el equilibrio de las prestaciones tras la declaración o advertencia de la nulidad del IRPH, por lo que no puede ser el índice sustitutorio.

No se puede corregir un abuso con una imposición de efectos semejantes.

Recopilemos. El IRPH cajas no es transparente y no supera el juicio de abusividad. Se trata de un índice que determina el precio del contrato y por lo tanto es esencial. Para declarar su nulidad se requiere del consentimiento del consumidor, que valorará las posibles consecuencias perjudiciales según el caso, teniendo presente que en caso de optar por la nulidad no se aplicará la devolución de los intereses legales por aplicación del efecto disuasorio¹⁶ y lo anteriormente dicho. Si la nulidad no es aceptada por el consumidor, o las partes no alcanzan un acuerdo en cuanto a cuál debe ser el índice legal a sustituir, -no pudiendo ser este el IRPH entidades por los motivos antedichos-, se aplicará por el juzgador a los efectos de su sustitución, un índice legal y habitual, es decir, el euríbor más el diferencial pactado, que tendrá efectos

¹⁶ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartados 60 a 63; asunto C-483/16, Sziber, apartado 53.

restitutorios desde su origen o momento de celebración del contrato¹⁷ y a los efectos que sobreviva el contrato y surta sus efectos¹⁸.

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.

70 Pues bien, de la respuesta a la tercera cuestión prejudicial resulta que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas como la controvertida, el juez nacional quedará facultado, en las condiciones que se han recordado en el apartado 67 de la presente sentencia, para sustituir el índice adoptado en la cláusula en cuestión por un índice legal **que sea aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato**.

Y conclusión cuarta de la sentencia:

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**

¹⁷ STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/17 en su apartado 54.

¹⁸ STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C 618/10ATJUE de 17 de marzo de 2016, asunto C 613/15, STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13 y STJUE 30-05-13, C 488/11, & 57 y 58. Y STS de 22 de abril de 2015, nº 265/2015.

anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. (C-125/18).

CUARTO.- Intereses de demora o moratorios. “... un interés nominal superior en 4,00 puntos porcentuales al tipo vigente en el momento del pago, sobre las cantidades adeudadas por todos los conceptos.”

Además la cláusula sexta, en el punto segundo párrafo segundo, permite la capitalización de los intereses moratorios liquidados y no satisfechos.

La cláusula de los intereses de demora es abusiva. Y lo es tanto en su redacción, arts. 5 y 7 LCGC, lo que ya de por sí merece una declaración de nulidad, como por exceder como criterio, al tratarse de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, en más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio, según establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 2018.

En cuanto a los efectos; “declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato”, STS de fecha 24 de abril de 2019, número de resolución 240/2019.

QUINTO.- La nulidad de la cláusula referida al vencimiento anticipado en los apartados a, b y f.

a) La falta de pago de una cuota cualquiera de amortización incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de ese pacto en los libros del Registro de la Propiedad.

b) El impago de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca hipotecada, aun cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas...

f) Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestadora.

(i) Basta una mera lectura para entender que dicha condición general relativa a la cláusula de vencimiento anticipado con carácter abstracto no puede ser sino entendida como abusiva, ya que supedita el vencimiento de la totalidad del préstamo al impago de cualquiera de las cantidades contempladas en la escritura, ya sea por principal o intereses o cualesquiera otra, y ello utilizando el criterio asentado por el pleno del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015;

“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 accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.”

(ii) Constatada la abusividad de las cláusulas referente al interés de demora y al vencimiento anticipado, la consecuencia, con relación a la anterior jurisprudencia del TJUE y al art. 9.2 de la LCGC y art. 83 TRLGCU es su nulidad y expulsión del contrato.

SEXTO.- En relación a las costas se impondrán a la entidad demandada en virtud del criterio del vencimiento íntegro o sustancial (STS de 31/01/2018, nº de resolución: 51/2018, la nº 606/2008 de 18/06/2008 y la nº 177/2008 de 05/03/2008), conforme al artículo 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que **estimando la demanda** interpuesta por **D. MM** contra **BANKIA, S.A., DEBO DECLARAR Y DECLARO** en relación al contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de julio de 2001 que vinculaba a ambas partes:

1.- La nulidad Cláusula Tercera Bis de la escritura de crédito con garantía hipotecaria que se aporta como DOCUMENTO 1, en lo relativo al tipo de interés variable, IRPH Cajas.

Al afectar tal declaración a un elemento esencial, el consumidor, D. Marc, en el plazo de 45 días, deberá en su caso optar por la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de julio de 2001, dejando sin efecto el mismo con todos sus efectos inherentes, debiendo pasar por tal declaración la entidad bancaria, y liquidándose las cantidades con la devolución del prestatario de aquella cantidad recibida deduciéndose todos los pagos efectuados que serán aplicados al principal, y sin aplicarse en ningún caso el interés legal desde la percepción o pagos efectuados, la cantidad liquidada, si no se produce el pago en acto único, devengará el interés legal hasta su completo pago.

Transcurrido aquel plazo, y de no optarse por la nulidad del préstamo por el consumidor, al entender que las consecuencias son especialmente gravosas para él, deben las partes intentar alcanzar un acuerdo para la supervivencia del préstamo hipotecario, y de no alcanzarse tal acuerdo, y para la supervivencia del préstamo con garantía hipotecaria, se aplicará el euríbor más el diferencial pactado.

Añadiendo, a mayor abundamiento, la declaración de nulidad de:

2.- La Cláusula Sexta de la escritura de crédito con garantía hipotecaria, la referida a los intereses moratorios, devengando el interés antedicho.

3.- La Cláusula Sexta Bis de la escritura de crédito con garantía hipotecaria, la referida al vencimiento anticipado, en lo que concierne al supuesto o apartados a, b y f.

En su consecuencia se condena a la entidad demandada a eliminar del contrato las referidas cláusulas y a estar y pasar por tales declaraciones.

Todo ello, con expresa imposición de las costas a la demandada.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la presente notificación (art. 458.1 LEC).

De conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre "...todo el que pretenda interponer recurso contra sentencia o auto que pongan fin al proceso o impidan su continuación, consignará como **DEPÓSITO 50 EUR** si se trata de recurso de apelación..." " De conformidad a la Instrucción 8/2009 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la parte ingresante deberá especificar en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso Código 02 Civil-Apelación ". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerda manda y firma, el Magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona.

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior

resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.