



Roj: **SJPI 2189/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:2189**

Id Cendoj: **31201420072021101156**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **7**

Fecha: **09/12/2021**

Nº de Recurso: **249/2020**

Nº de Resolución: **1993/2021**

Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Contratación (Art. 249.1.5 LEC)**

Ponente: **RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 7 (BIS) DE PAMPLONA / IRUÑA

JUICIO ORDINARIO 249/2020

Objeto: Nulidad de cláusulas IRPH y vencimiento anticipado

Actora: Fátima

Letrados: Srs. Iribarren Ribas

Procurador: **Sr. Ubillos Minondo**

Demandada: BANKIA, S.A. (hoy, por notoriedad, CAIXABANK)

Letrados: Srs. Tronchoni Ramos y Sra. Bernal Carmona

Procurador: **Sr. Castillo González**

Juez. Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz

**SENTENCIA Nº. 001993/2021**

En Pamplona / Iruña, a 09.12.2021.

Vistos por mí, Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz, juez del juzgado de primera instancia nº 7 (BIS) de los de Pamplona / Iruña, en juicio oral y público, los autos de juicio ordinario seguidos con el nº 249/2020 cuyo objeto, partes, Letrados y Procuradores son los que arriba constan, dicto esta sentencia a la que sirven premisas los siguientes

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** - El 30.04.20 el Procurador Sr. Ubillos, en nombre de DOÑA Fátima y frente a BANKIA, S.A., promovió demanda de juicio ordinario que fue repartida a este juzgado en la que, tras alegar hechos y derecho, solicitaba sentencia *por la que*:

1º.-Declare la **NULIDAD** de la condición general de la contratación descrita en el HECHO PRIMERO de esta demanda, es decir, **de la cláusula contenida en el contrato de préstamo nº 1574/03, suscrito el 12.05.04, que establece como tipo de interés variable de referencia el IRPH.**

2º.-Condene a la entidad **BANKIA, S.A.**, a la devolución a mis representados de las cantidades que en su momento pagaron de más, como consecuencia de la aplicación de la citada cláusula, contenida en la escritura nº 1574/03, **desde que desplegó sus efectos hasta la fecha.**

*Esta parte solicita que dicha cantidad sea determinada por este Juzgado en el momento procesal que corresponda.*

3º.- Condene a la entidad **BANKIA, S.A.**, a devolver a mi mandante todas aquéllas cantidades que vaya pagando de más por la aplicación de la referida cláusula del préstamo hipotecario de 12.05.04, durante la tramitación de



este procedimiento con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

4º.-Declare la **NULIDAD** de las condiciones generales de la contratación descritas en el HECHO QUINTO de esta demanda, es decir, del apartado contenido en la cláusula "SEXTA BIS" que establece la resolución del contrato por impago de cualquiera de las cuotas del préstamo de la escritura de préstamo nº 1574/03 firmada el 12.05.04.

5º.- Todo ello, con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte Demandada condenada.

**SUBSIDIARIAMENTE**, y únicamente para el caso en que este Tribunal considere que el préstamo hipotecario no puede subsistir sin tipo de interés de referencia, o incluso sin la cláusula de vencimiento anticipado, solicitamos que antes de procederse a la cancelación del préstamo suscrito, o a la sustitución de tales cláusulas por otras, se proceda a dar traslado a esta parte, con el fin de manifestar nuestra voluntad con respecto a estas dos opciones y a la repercusión que las mismas puedan tener en la economía de los contratos suscritos, de conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de octubre de 2019, ya expuesta, y en aras de garantizar nuestra protección como consumidores

**Segundo.** - Admitida a trámite la demanda se emplazó a la demandada que compareció y contestó, oponiéndose y solicitando sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de las pretensiones deducidas en su contra. Todo ello con expresa condena en costas a la parte actora .

**Tercero.** - El 11.05.21 se celebró la audiencia previa a la que asistieron las partes a través de sus Procuradores y con sus Letrados (todos ellos lo hicieron telemáticamente) siendo que:

\*no alcanzaron acuerdo, sin que fuera posible avenirles.

\*discutida la cuantía del procedimiento (indeterminada para la actora, determinada para la demandada) se mantuvo la misma como indeterminada (al desconocerse el impacto económico de la eventual nulidad de las cláusulas IRPH ENTIDADES y suelo por no obrar en autos ninguna hoja de cálculo que permita conocer ese dato y entender que su omisión debía perjudicar a la demandada, por ser la impugnante de la cuantía y por aplicación del principio de facilidad probatoria del art. 217.7 LEC); no hubo recurso.

\*ninguna de las partes hizo aclaraciones, alegaciones complementarias ni invocó hechos nuevos (la Letrada demandada invocó la STS 12.11.20).

\*ninguna aportó documentos nuevos ni impugnó los ya aportados de adverso.

\*se determinó el objeto del procedimiento.

\*las dos partes pidieron prueba, en ambos casos documental (por reproducida la ya aportada, que se declaró pertinente).

\*no habiendo más diligencias que practicar, se dio a los Letrados turno de conclusiones y quedó el juicio visto para sentencia.

**Cuarto.** - En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, excedido por razones de carga de trabajo.

La audiencia previa y la vista se grabaron en soporte audiovisual.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** - **Hechos. Objeto del pleito.**

1.- Versa el juicio sobre la validez o no (y en su caso sus consecuencias) de dos de las cláusulas (IRPH CAJAS, VENCIMIENTO ANTICIPADO) de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12.05.04 autorizada por el Notario de Oviedo Manuel Tuero Tuero con el nº 1574 de su protocolo en la que intervinieron quienes son parte en el procedimiento que aquí se resuelve (fue prestamista la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, que después sería BANKIA y hoy CAIXABANK).

Doc. 1 de la demanda.

2.- Las cláusulas impugnadas son:

**TERCERA BIS. - TIPO DE INTERÉS VARIABLE**

Apartados relativos al INTERÉS VARIABLE: INTERÉS DE REFERENCIA + diferencial,  
SIENDO EL INTERÉS DE REFERENCIA EL IRPH CAJAS y el SUSTITUTIVO EL CECA



Y siendo el diferencial de 0'50 puntos porcentuales en ambos casos

**SEXTA BIS. - RESOLUCIÓN ANTICIPADA POR LA ENTIDAD DE CRÉDITO** (apartado 2 a/ Falta de pago de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran)

Docs. 1 de la demanda.

2.- Lo pactado fue:

El capital del préstamo fue 82.000 €.

El plazo de amortización, 25 años (300 cuotas mensuales consecutivas mixtas, comprensivas de capital e intereses).

El tipo de interés del primer año, fijo, se estableció en el 3'50%, y para los años sucesivos se pactó interés variable, referenciado al IRPH Cajas, con un diferencial de 0'50 puntos, con revisiones semestrales (el 12 de mayo y el 12 de noviembre de cada año, a partir del 12 de noviembre de 2004).

Al tiempo del contrato la hipoteca estaba libre de cargas, pues el derecho de retracto convencional pactado a favor del Principado de Asturias en escritura de 11.11.87 para el caso de transmitirse la vivienda en el plazo de 5 años había caducado, y la hipoteca a favor del mismo Principado constituida en virtud de la misma escritura y su posterior inscripción estaba cancelada contablemente.

Así resulta, en cuanto al capital prestado, amortización, tipos aplicables y estado de cargas, de la escritura aportada como doc. 1 de la demanda.

3.- En fecha que no consta la actora envió una carta a BANKIA solicitando que se le aplicara el índice EURÍBOR en lugar del IRPH, y que le devolviera las cantidades pagadas de más por haberse aplicado hasta entonces este índice y no aquél.

No consta que la carta tuviera respuesta.

Así resulta de la carta no datada aportada como doc. 2 de la demanda y no impugnada.

4.- La actora, que considera nulas, por falta de transparencia y/o por abuso las distintas (2) cláusulas transcritas en el punto 2 de este fundamento, pide que así se declare en sentencia, y que se condene a la demandada a abonarle las cantidades satisfechas en exceso o indebidamente por causa de la primera de ellas (IRPH CAJAS), con más intereses y costas.

La demandada se opone a las pretensiones de la actora, en el caso de la cláusula de vencimiento anticipado por entender que la misma ha devenido carente de objeto tras la entrada en vigor de la ley 5/19 de Contratos de Crédito Inmobiliario y lo dispuesto en su DT PRIMERA punto 4 y art. 24, allanándose, de forma subsidiaria, a la pretensión relativa a dicha cláusula, si el juzgado entendiera que la misma mantiene su vigencia.

**Segundo. - Vivienda de Protección Oficial.**

En la contestación se dice que la inserción del índice IRPH en la escritura objeto de este litigio no responde a una imposición de la entidad demandada, sino a una imposición legal, por ser el litigioso un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial.

Sin embargo, si se leen con detenimiento los antecedentes de la escritura y la nota simple registral anexada al final de la misma se advierte que el préstamo tuvo como finalidad financiar una compra (en 2004) muy posterior en el tiempo a la inicial (1987).

Fue el préstamo concedido con ocasión de la primera compra (1987) el que debió gozar de los beneficios públicos propios del régimen de las viviendas de protección oficial (el prestamista fue el PRINCIPADO DE ASTURIAS, y se pactó un retracto convencional a su favor para el caso en que la vivienda se vendiera durante los cinco años posteriores a la adjudicación).

Al tiempo de otorgarse la escritura litigiosa la vivienda, según los antecedentes y nota registral mencionados, se encontraba libre de cargas, con el retracto caducado y el préstamo público cancelado por pago.

A diferencia del supuesto resuelto por el TS en su S 585/20, de 6 de noviembre, la actora no se subrogó en el préstamo de los transmitentes, sino que concertó un préstamo nuevo con CAJA MADRID, cuyas estipulaciones, según se entiende, se pactaron libremente (no consta otra cosa en la escritura), sin otra sujeción (es la única que consta en el título) que a la OM de 05.05.94.

Por tanto, el préstamo pudo haber quedado sujeto a cualquier índice de referencia, no solo al IRPH, lo que lo sitúa dentro del ámbito de la Directiva 93/13.

**Tercero. - La cláusula IRPH (CAJAS). Doctrina jurisprudencial vigente.**



La actora, en síntesis, alega en su demanda que la cláusula impugnada (IRPH CAJAS) le fue impuesta, sin posibilidad alguna de negociación por su parte. Sostiene que dicha cláusula no es transparente, que el índice es influenciado, que en la fase previa a la contratación no se le informó de su evolución ni de su incidencia en el contrato. Dice también que no se hicieron simulaciones y que no se le ofrecieron cálculos comparativos del coste de los préstamos en función de la utilización de éste índice u otros también empleados por la entidad. Añade que la inserción de esta cláusula en su préstamo le causó perjuicio. Concluye por todo ello que la cláusula es nula. Entiende que, como consecuencia de dicha nulidad, el préstamo queda desprovisto de cláusula de intereses, (o por mejor decir, que solo debería subsistir con el diferencial de 0'50 puntos), y por tanto que ella está obligada a devolver el principal prestado (a lo sumo incrementado en el diferencial de 0'50 puntos), debiendo reintegrarse los intereses (o plus de intereses) que formaban parte de las cuotas ya satisfechas.

De forma subsidiaria, para el caso en que, apreciada la nulidad de la cláusula, el juzgado entendiera que el contrato no puede subsistir (o concebirse) como préstamo gratuito (sin intereses), pide que se le dé traslado para poder valorar si opta entre la nulidad de todo el contrato o la aceptación de que el mismo subsista siendo integrado (ab initio) con un índice sustitutivo.

La demanda (además de lo ya explicado en relación con el régimen de las viviendas de protección oficial) se opone a las pretensiones de la actora alegando que el IRPH es (y lo era al tiempo de contratar) un índice oficial y accesible, bajo supervisión del Banco de España, y que como tal índice no admite control judicial; que la legalidad de esta referencia, en lo menester, se vio refrendada por la Dad. 15 de la ley 14/13, que suprimió el IRPH CAJAS, el IRPH BANCOS y el CECA, sustituyéndolos el IRPH ENTIDADES; añade que la cláusula impugnada define el objeto principal del contrato (interés del préstamo), que el valor de la referencia puede ser conocido por un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pues se publica oficialmente en el BOE, que la redacción de la cláusula es clara y comprensible, que no causa desequilibrio, que el índice no es manipulable, y que se superan los controles de transparencia y abusividad. Invoca, finalmente, la excepción de prescripción en relación con los efectos restitutorios. Y pide, que en caso de condena, no se le condene a pagar intereses sino desde la fecha de la primera reclamación fehaciente, que sería (la carta aportada no está datada) la de la propia demanda.

En cuanto a sus consecuencias, sostiene que el préstamo bancario no puede subsistir sin intereses, por ser éstos elemento esencial de dicho contrato. Y que, si la referencia fuera nula habría de ser sustituida por la subsidiaria, en último término, por el propio índice IRPH ENTIDADES (lo cual confirmaría la validez de la cláusula), o en último término por el EURÍBOR, siempre con adición del diferencial pactado.

El estado actual de la Jurisprudencia en relación con esta cláusula es el siguiente:

El TJUE resolvió en **sentencia de 03.03.20** las cuestiones prejudiciales que en relación con cláusula idéntica a la que es objeto de litigio (IRPH-CAJAS, *las referencias al cual pueden/deben entenderse hechas en lo sucesivo esta sentencia, sin más, al IRPH ENTIDADES*) planteó el juzgado 38 de Barcelona.

Las grandes líneas apuntadas en la sentencia mencionada son:

*-La referencia al IRPH CAJAS que hace la cláusula contractual controvertida no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, y por tanto está sometida a las disposiciones de la Directiva 93/13.*

*Así, la Orden Ministerial de 05.05.94 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los índices o tipos de interés de referencia para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos.*

*Por tanto (la entidad) tenía la facultad de definir el tipo de interés variable de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario, y fuera conforme a Derecho*

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

*-La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino también en el sentido de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.*



Por lo que respecta a una cláusula como la de autos, 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 mismo, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

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.

Con posterioridad a la mencionada STJUE, el TS ha resuelto, de manera idéntica, en **Sentencias de 06.11.20**, ( 4) de 12.11.20, de 18.01.21 y ( 2) de 19.01.21 .

La doctrina en ellas contenidas, tomada de la STS 595/20, de 12.11.20, es la siguiente:

" En este caso no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE. Aunque es cierto que, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia) y que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. Del resto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, tal y como resultan de las actuaciones, no se deriva ningún elemento que permita desvirtuar la anterior conclusión.

Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque, aunque no superaba el control de transparencia, como quiera que, respecto del precio del contrato, la falta de transparencia es lo que permite examinar la posible abusividad, la consecuencia inmediata es el análisis del segundo motivo de casación que, precisamente, se refiere a dicha cuestión.

Es decir, la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato -el precio-, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula.

(...).

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

(...)

En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que hemos hecho mención en el fundamento jurídico quinto: el desequilibrio importante y la buena fe.

La doctrina emanada de los recientes **Autos del TJUE de 17.11.21** resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados de primera instancia nº 38 de Barcelona y 2 de Ibiza no modifica la recogida en la STJUE 03.03.20, que se considera vigente y que por tanto seguiremos en esta sentencia, manteniendo por ello los criterios que ya venía siguiendo este juzgado.

**Tercero. - Primer control: la cláusula no supera el control de transparencia.**

Que la cláusula IRPH litigiosa no supera el control de transparencia es algo que ya no discuten los tribunales.

Resulta de la STJUE 03.03.20 y lo admite el TS en todas sus sentencias posteriores.

Basta decir para llegar a esa conclusión, sin necesidad de más motivación, que no hay prueba de que CAJA MADRID informara a su cliente de cuál había sido la evolución del IRPH (en este caso CAJAS) durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato de préstamo.

Sin dicha información no hay transparencia.

Si bien los recientes Autos TJUE de 17.11.21 podría parecer que matizan la obligación del BANCO o CAJA de proporcionar a su (futuro) cliente dicha información, la misma resultaba en mayo de 2004 de obligado cumplimiento para préstamos, como el de autos, de capital no superior a 150.253 € por imposición de la normativa interna (OM 05.05.94); amén que tal obligación debe entenderse extrapolable (como así resulta de la STJUE 03.03.20) a todo contrato de préstamo hipotecario referenciado a IRPH; pues el BANCO es evidente que dispone de dicha información cuando negocia la concesión del préstamo con su cliente, y también lo es que ningún consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, acudía en 2004 (ni se estima que lo haga en la actualidad) a las entidades financieras a contratar un préstamo siendo conecedor (ni siquiera pensando que podría o debería serlo) de la evolución pretérita de los índices oficiales, y en concreto del IRPH.

**Cuarto. - Primer control: la cláusula no supera el control de transparencia.**

Que la cláusula IRPH litigiosa no supera el control de transparencia es algo que ya no discuten los tribunales.

Resulta de la STJUE 20.03.20 y lo admite el TS en todas sus sentencias posteriores.

Basta decir para llegar a esa conclusión, sin necesidad de más motivación, que no hay prueba de que CAIXABANK informara a su cliente de cuál había sido la evolución del IRPH (en este caso ENTIDADES) durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato de préstamo.

La demandada aporta con su contestación la oferta vinculante de la operación y en ella, aunque aparece el último valor disponible, no aparece ninguna información en relación con la evolución del índice en los dos años previos.

En el acto del juicio declaró como testigo el empleado de la CRN y primo de la actora Eusebio, el cual manifestó que la finca hipotecada estaba gravada anteriormente con varios préstamos de la CAN, referenciados todos al IRPH. Mas, aunque en la nota simple unida a la escritura aportada con la contestación, consta que sobre la misma finca existían dos préstamos a favor de la CAN, uno de 1998 y otro de 2003, no consta que su referencia fuera el IRPH. Tampoco supo decir el testigo si en el caso de los préstamos anteriores el interés estaba subsidiado o bonificado por tratarse de una VPO.

En suma, no existe prueba de que la actora fuera informada de la evolución pretérita del IRPH en los dos años anteriores al otorgamiento.

Y sin dicha información no hay transparencia.

**Quinto. - Control de abusividad: la cláusula tampoco lo supera.**

Ya se ha dicho, al transcribir la actual doctrina jurisprudencial, que la no superación del control de transparencia, aunque condición necesaria, no es suficiente (al menos no lo era hasta la entrada en vigor, el 16.06.19, de la Ley 5/19, de 15.03, que reformó los artículos 5.5 LCCGGCC y 83 TRLGDCU) para que la cláusula IRPH sea nula. Es preciso además que, sometida a un segundo control, de abusividad, tampoco supere éste.

El TS, en cuantas sentencias ha dictado hasta la fecha tras la STJUE 03.03.20, ha considerado que las distintas cláusulas IRPH por él enjuiciadas (similares a la que es objeto de litigio) sí superan el citado control por lo siguiente:

(a) por no resultar su utilización contraria a la buena fe. Así, el IRPH es un índice oficial, publicado en el BOE, y las distintas administraciones lo utilizan como referencia en sus normas reguladoras de régimen de financiación pública de viviendas protegidas (b) situados en la fecha de contratación del préstamo, su inserción en el contrato no implica, en perjuicio del consumidor, ningún desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, derivados del contrato. El eventual perjuicio derivado del empleo de esta referencia y no de otra/s, singularmente el Euribor, se habría producido en su caso como consecuencia de la evolución posterior y divergente de los tipos, de modo que solo resultaría posible apreciar dicho perjuicio merced a una mirada o sesgo retrospectivo.

Este juzgado no va a seguir la doctrina resultante de las Sentencias citadas del TS, por los siguientes motivos:



1.- Hay que partir de que la Jurisprudencia del TS (salvo las sentencias dictadas en los recursos en interés de la ley, art. 494 LEC, que no es el caso) no es vinculante. Debe citarse a este respecto la STC 37/12, de 19 de marzo, que dice lo siguiente:

(FJ 4) La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. E incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, de la que seguidamente nos ocuparemos, de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley; todo ello sin perjuicio de hacer notar que toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales ( art. 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se expresan, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales.

(FJ 7) Conforme a lo expuesto, la independencia judicial ( art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo ( art. 1.6 del Código civil), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes, y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la "doctrina legal correctora" que fije el Tribunal Supremo, so pena de incurrir incluso, como ya se dijo, en infracción del art. 24.1 CE por inaplicar el precepto legal con el contenido determinado por esa doctrina legal que les vincula por imperativo de lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA ( *en el orden civil art. 493 LEC, este matiz es nuestro*).

2.- En segundo lugar, según se entiende, no puede considerarse ajustada a la buena fe la conducta de un profesional que oculta o no facilita al consumidor una información de la que dispone (la evolución del índice IRPH en los dos años anteriores) y que según las normas aplicables al tiempo de negociar el préstamo está obligado a proporcionarle. El BANCO no ha ofrecido ninguna explicación del porqué no facilitó u ocultó esta información. En cualquier caso, aun la mera desidia u omisión desprovista de cualquier intención, sería contraria a la buena fe, que exige a la entidad actuar de forma diligente y conforme al estándar ético que resulta de las normas en vigor que en cada momento le obligan.

3.- Es cierto que el perjuicio al consumidor no debe ser apreciado en base a la divergente evolución de los tipos en el tiempo posterior, mirando de delante hacia atrás y constatando solo entonces que haber elegido una referencia distinta al IRPH para el interés variable del préstamo hubiese sido más ventajoso para la prestataria.

Mas también lo es que el perjuicio, si se produce, solo se hace (solo puede hacerse) efectivo después de la contratación, a lo largo de la vida del préstamo, al ser éste un contrato que, perfeccionado mediante la entrega del capital, solo obliga al prestatario a partir de ese momento.

Lo decisivo, por ello, no es tanto constatar desde el futuro si el perjuicio asociado a la inserción de la cláusula IRPH ha existido, sino determinar si en el momento de la contratación ese perjuicio posterior -por quedar referenciado el préstamo a uno u otro tipo- era o no previsible.

Situados en el mes de junio de mayo de 2004 (aunque sería más exacto hacerlo en marzo de 2004, pues ése era el último índice publicado en el BOE antes de la contratación) y examinada la evolución del IRPH CAJAS y del EURÍBOR desde mayo de 2002 se constata que el valor del IRPH siempre había sido superior, con diferencias entre ambos de entre 1'773 puntos (junio de 2003) y 1'054 puntos (mayo 2004). En mayo de 2004, fecha en que se contrató el préstamo, la diferencia era de 1'054 puntos (mayor el IRPH que el euríbor).

Es cierto que el tipo de interés variable se calcula tomando en consideración no solo la referencia, sino la suma de ésta más el diferencial. Y también lo es que normalmente el diferencial que suele (y solía) acompañar al euríbor era (es) más elevado que el del IRPH. Sucede que en este caso no sabemos (esta prueba no se ha aportado) qué diferencial en concreto (y en su caso qué bonificaciones) hubiese ofrecido CM (u otras entidades) a su cliente si la referencia hubiese sido el euríbor (sí sabemos que en relación con el IRPH fue el 0'50%, que habría que sumar a la diferencia entre tipos). Aun aceptando que los diferenciales asociados al euríbor fueran superiores a los del IRPH, es más que improbable que esa diferencia superase el 1'773% (+ 0'50% = 2'273%) que, en el pasado próximo, había llegado a separar una referencia y la otra.



Situados en mayo de 2004 y conocidos los valores del IRPH y del EURÍBOR en los dos años anteriores, siendo aquéllos siempre superiores a éstos y con horquillas que habían llegado a alcanzar en ese tiempo 1'773 puntos y no habían bajado de 1'054, se considera que, cualesquiera que hubiesen sido los diferenciales *razonables* a sumar a una y otra referencia, un consumidor normalmente informado y suficientemente atento y perspicaz hubiese elegido el EURÍBOR, no el IRPH. En relación con el tipo de interés variable la magnitud que no se conoce, que hace precisamente que el tipo de interés varíe y que por tanto preocupa al prestatario es la referencia o índice (variable), no el diferencial (fijo), y comparadas las referencias en el tiempo anterior a abril el IRPH siempre había sido más elevado que el EURÍBOR, y la diferencia entre ambas había llegado a superar el punto con ciento sesenta centésimas.

Se considera también que, situados siempre en mayo de 2004, y disponiendo de la información de la evolución de las referencias en los dos años previos, lo previsible en ese momento era que contratar el préstamo referenciado a IRPH y no a EURÍBOR resultaría a lo largo de la vida del contrato más caro y por tanto perjudicial para el consumidor. Lo probable es que la financiación sea más cara si se utiliza la referencia más elevada, cuando la diferencia entre referencias ya ha superado en el pasado (así debe entenderse teniendo en cuenta el 1'773%) la diferencia razonable entre diferenciales. El tiempo posterior no ha hecho sino confirmar lo que ya antes resultaba previsible.

Dice el TS en sus sentencias que el BANCO no estaba obligado a informar a sus clientes de la evolución de otras referencias distintas de la contratada (en este caso IRPH).

En cualquier caso, conocida, a través de la información que obligatoriamente debió haber suministrado CM, la evolución pretérita del IRPH, la actora hubiese podido acudir a otra u otras entidades a solicitar ofertas de financiación referenciadas al EURÍBOR, y a través de la correcta información de éstas, ajustada a la normativa aplicable, hubiese podido obtener dicha información y contrastar la evolución de uno y otro tipo.

La STJUE 03.03.20 explica que la información de la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la contratación **constituye 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.**

Dado que la CAN no informó (no consta que lo hiciera) de dicha evolución en relación con la referencia por ella ofrecida (IRPH) la actora no dispuso del término de comparación IRPH del que debería haber dispuesto.

En suma, teniendo en cuenta que CM, contrariamente a su obligación, no informó de la evolución pretérita del IRPH; dado también que a la vista de la evolución de los tipos en el tiempo anterior a la contratación, resulta presumible que la prestataria, correctamente informada, se hubiese decantado por el EURÍBOR en lugar de por el IRPH; y teniendo en cuenta por último que ya al tiempo de contratar resultaba previsible, a la vista de los datos del pasado, que referenciar el préstamo a IRPH en lugar de a EURÍBOR podría, razonablemente, resultar perjudicial (más caro) para la prestataria: la conclusión no puede ser otra que la utilización de la cláusula por parte de CM no solo fue in/transparente sino también abusiva, y por tanto nula.

**Sexto - Consecuencias de la nulidad de la cláusula IRPH CAJAS. Préstamo (en todo caso) oneroso. Opciones para la prestataria. Ausencia de prescripción.**

*1.- Imposibilidad de que el préstamo bancario subsista*

La nulidad de una cláusula contractual, como la relativa a la referencia del tipo de interés retributivo variable, que es un elemento esencial del contrato de préstamo bancario, trasciende más allá de su estricto ámbito y hace que todo el contrato sea nulo.

**Un contrato de préstamo bancario, oneroso, a interés, no puede subsistir (existir) si eliminamos la cláusula de interés.** Ni siquiera puede subsistir (existir) con solo el diferencial si eliminamos de la cláusula de tipo de interés (solo) la referencia. Pues ésta (la referencia) es elemento esencial de aquélla (de la cláusula de tipo de interés variable), y aquélla (la cláusula) lo es de todo el contrato. Es decir, del mismo modo que sin cláusula de interés no puede haber préstamo bancario, sin referencia no puede haber cláusula de tipo de interés. Lo cual significa, en definitiva, que sin referencia no puede haber préstamo bancario.

No es correcto el razonamiento según el cual el tipo de interés es elemento natural (que puede existir o no, según se pacte) del préstamo, y por tanto que, eliminado el interés retributivo nulo, el préstamo puede subsistir sin él.

El litigioso no es un préstamo sin más, un préstamo sin apellido, que puede ser a interés o gratuito según se pacte. Se trata de un préstamo **bancario**, a interés, oneroso. Los BANCOS son empresas, cuya actuación está presidida por el ánimo de lucro. En el préstamo bancario el interés es tan esencial como el capital y el tiempo.



Cualquier cliente bancario sabe que si solicita un préstamo hipotecario tendrá que pagar interés, que no es otra cosa que el precio a satisfacer por el dinero prestado y por el tiempo que media entre el momento en que el cliente lo recibe y aquél en que termina de devolverlo. Los BANCOS no venden dinero gratis. Y el nominal del préstamo (sin interés) no tiene el mismo valor real al vencimiento (normalmente posterior en muchos años) que al tiempo de la contratación. Esto es algo conocido, notorio, que no precisa de más explicación. Que algunos clientes (empleados...) puedan obtener en sus préstamos condiciones más favorables en cuanto al tipo de interés no pasa de ser una excepción que confirma la regla.

2.- *Opciones: nulidad del contrato o integración de la cláusula.*

Acudimos de nuevo a la STJUE 03.03.2020 que al respecto y en síntesis dice:

- *El derecho de la UE (el art. 6.1 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.*

*Si 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 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 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 puede sustituirlo 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.*

Traducido al caso de autos resulta lo siguiente:

Si la sentencia declarara nulo el contrato de préstamo, al que todavía (salvo que hayan existido amortizaciones anticipadas, lo cual se desconoce) le quedan por cumplir siete años y medio, la prestamista debería devolver los intereses percibidos y la prestataria (de una sola vez) la parte del capital prestado pendiente de amortizar, en uno y otro caso con más intereses (1303 CC).

Para evitar esta consecuencia, que puede perjudicar a la prestataria, la sentencia del TJUE antes citada permite al juez sustituir la cláusula abusiva (IRPH) por una disposición supletoria del derecho interno.

La prestataria pide en su demanda que en esta tesitura sea ella quien pueda optar.

Entendiendo, a la luz de la STJUE de reiterada mención, que es lo correcto que así sea, que la prestataria valore las circunstancias de su préstamo, las consecuencias de su nulidad, y tome la decisión que más le convenga, van a dejarse señaladas las bases con arreglo a las cuales se procedería a anular íntegramente el préstamo o éste subsistiría integrado:

1.- La actora deberá manifestar al juzgado por escrito cuál es su opción en cualquier momento posterior a la firmeza de la sentencia (o antes, si hay recurso y desea promover ejecución provisional) y anterior a la caducidad de la acción ejecutiva.

Desde el momento en que, manifestada por aquélla, la demandada conozca cuál es la opción, se abrirá para ésta el plazo de cumplimiento voluntario de la sentencia ( art. 548 LEC) en relación con los pronunciamientos de la misma relativos a la cláusula IRPH. Esto es así porque, al incorporar la sentencia un pronunciamiento abierto, el título no quedará completo (cerrado, integrado) en tanto la demandante no manifiesten y el demandado no conozca dicha opción. Lo cual no significa que el plazo de caducidad de la acción ejecutiva permanezca también abierto, pues, dependiendo tanto la opción como el ejercicio de la acción ejecutiva de la voluntad del demandante, el citado plazo debe comenzar a correr desde que la sentencia sea firme. Transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario así computado sin que la demandada hubiese cumplido, la actora podrá promover demanda de ejecución definitiva (o provisional).

2.- Si la actora opta por la *nulidad* de (todo) el contrato, de acuerdo con los arts. 1303 CC y 576 LEC (a) La prestataria deberá devolver a la prestamista el capital prestado, con intereses (legales o procesales, según el momento) desde la fecha del préstamo, y (b) la prestamista deberá devolver a la prestataria el importe



íntegro de las cuotas (y en su caso amortizaciones anticipadas) percibidas, con intereses (legales o procesales, según el momento) desde la fecha de abono de cada cuota o amortización (la devolución de intereses desde esas fechas, y no desde la reclamación judicial como pide la demandada, trae causa de la ley, art. 1303 CC, y produce el efecto de colocar a las partes en la situación patrimonial de partida, mediante el reintegro del valor *actualizado* de las prestaciones).

Compensando las obligaciones recíprocas de las partes: (a) la prestamista deberá devolver a la prestataria todos los intereses percibidos (entendiendo aquí por intereses la parte de las cuotas que no es amortización de capital), y (b) la prestataria, la parte del capital prestado pendiente de devolver o saldo vivo del préstamo, (c) en uno y otro caso con más intereses, que lo serán, al tipo de interés legal del dinero: (1) en el caso de la prestamista, sobre el importe de las cuotas y amortizaciones percibidas, desde la fecha de su cobro hasta la sentencia firme, y (2) en el caso de la prestataria, desde la fecha de entrega del capital (12.05.04), sobre el saldo del préstamo vivo en cada cuota hasta la cuota inmediata posterior, y así hasta la sentencia firme, (d) se determinará cuál es el saldo acreedor a fecha de la sentencia firme por diferencia entre las partidas (de principal) a/ y b/, y ese saldo (diferencia de "principales") devengará intereses al tipo legal del dinero más dos puntos, desde la fecha de la opción (no deben devengarse intereses durante el tiempo que transcurre desde la sentencia firme hasta la comunicación de la opción, pues en tal caso se dejaría a voluntad de solo las actoras alargar más o menos este plazo según su conveniencia) hasta el completo pago.

Si en cambio optan por la *integración del contrato*, la sentencia del TJUE prevé que se aplique como índice sustitutivo, en primer lugar, el establecido como tal en la escritura.

La escritura de 2004 estableció como índice sustitutivo el tipo CECA + 0'50.

Ahora bien, en noviembre de 2013, los índices IRHH BANCOS, el IRPH CAJAS y el CECA fueron suprimidos por la DAd 15ª de la Ley 14/13, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y sustituidos por el IRPH ENTIDADES (...). Por tanto y presumiblemente (aunque no se ha aportado el cuadro de amortización) en esa fecha dejó de aplicarse el IRPH CAJAS y viene aplicándose al contrato el IRPH ENTIDADES.

Ahora bien, lo que aquí se discute no es si el índice IRPH CAJAS (o el IRPH ENTIDADES) era válido o nulo como tal índice, sino si lo fue la cláusula que lo incorporó, si la incorporación de la referencia a la cláusula supera o no los controles de transparencia y abusividad.

Pues bien, la sustitución prevista en la escritura o en la ley lo es para el caso en que la incorporación de la referencia a la cláusula sea válida y la referencia deje de publicarse, no para el caso en que (publicándose o no) su incorporación a la cláusula no hubiese sido correcta y la cláusula sea nula. Dicho de otro modo, la nulidad de la cláusula impide la sustitución (convencional o legal) del índice inicial.

Este juzgado sigue el criterio de que, entre los distintos tipos oficiales del sistema español, la opción a seguir debe ser en todo caso la sustitución de la referencia nula por el euríbor (no por ninguna otra, aun contemplada en la escritura) y ello por lo siguiente:

-se trata de la referencia común, la más ampliamente utilizada con diferencia en la contratación hipotecaria en el sistema español.

-si bien este índice podría adolecer de iguales motivos de nulidad que el sustituido (tampoco se informó al prestatario de la evolución del euríbor durante los dos últimos años ni de su valor a fecha de contrato) su valor histórico inferior al IRPH a lo largo de todo su devenir hace que deba ser el tipo elegido para la sustitución. Pues de un lado, la nulidad del euríbor no permitiría su sustitución por otro tipo más beneficioso para el prestatario. Y de otro con esta sustitución se cumple satisfactoriamente la exigencia del principio disuasorio: cuando se hace preciso no anular el contrato para no perjudicar al prestatario sino sustituir la referencia nula por otra de las oficiales en el derecho interno se ha de estar a aquella de las referencias que más beneficiosa resulte para el prestatario; si aceptáramos la sustitución de la referencia presente en la cláusula nula por la pactada en la escritura igualmente perjudicial para el prestatario, o por otra no pactada pero también perjudicial, no se disuadiría al prestamista de insertar en los contratos la cláusula nula.

En consecuencia, de optar la prestataria por la sustitución, se sustituiría, desde un principio y hasta la cancelación del préstamo, la referencia IRPH CAJAS por la referencia EURIBOR.

El diferencial a aplicar al EURÍBOR sería el mismo pactado para el IRPH (0'50%), siendo nuevamente esa solución la que mejor satisface las exigencias del principio disuasorio.

Deberá así calcularse la diferencia, desde que el préstamo entró en situación de interés variable y hasta que haga efectiva la sustitución, llevando a cabo las revisiones del tipo de interés en la forma prevista en la escritura (revisiones semestrales el 12 de mayo y el 12 de noviembre de cada año, tomando los valores del euríbor de



marzo y septiembre), entre el importe de las cuotas pagadas con arreglo a la referencia "IRPH CAJAS" (o la que lo hubiese sustituido) y las que se hubiesen pagado con arreglo a la referencia "EURIBOR a un año".

Además, le entidad, sobre el exceso pagado de más en cada cuota, deberá abonar a la prestataria intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de abono del exceso en cuestión hasta sentencia, e incrementado el tipo de interés en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago (1100, 1108 y 1303 CC y 576 LEC).

Por último, la entidad deberá abstenerse de aplicar en lo sucesivo la referencia "IRPH CAJAS" (o la que la hubiese sustituido) aplicando siempre y en su lugar la referencia "EURIBOR".

## 2.- Ausencia de prescripción

Alega la demandada la prescripción de los efectos restitutorios derivados de la eventual declaración de nulidad de la cláusula por el tiempo transcurrido, desde la fecha de pago de las cuotas pretendidamente excesivas, o en su caso desde la entrada en vigor de la ley 42/15, de 05.10, que reformó el art. 1964 CC, hasta presentación de la demanda el 30.04.20 (no hubo reclamación extrajudicial).

La nulidad pretendida por la actora, al estar basada en la in/transparencia y abusividad de la cláusula, es una nulidad radical o de pleno derecho. Por tanto, la acción dirigida a su declaración y a la obtención de sus efectos (la restitución de cantidades) no está sujeta a caducidad y es imprescriptible.

Debe decirse que no existen dos acciones, una de nulidad y otra restitutoria, sujeta cada una a su propio régimen de caducidad o prescripción. La acción ejercitada, de nulidad radical, es *única* e imprescriptible, lo que hace que no prescriban tampoco sus efectos. *En otro caso de nada valdría al titular de la acción de nulidad la imprescriptibilidad de la misma, si por razón del tiempo y llegado un momento tan solo pudiera hacer valer la causa de la ineficacia de la cláusula (que le permitiría obtener la declaración de nulidad) pero junto con ella no pudiera reclamar sus efectos (la reclamación de cantidades) al haber éstos prescrito.* Con un ejemplo gráfico, sería como reconocerle la tenencia de un grifo que no mana agua o de un mechero sin gas.

Si bien la reciente STJUE 22.04.21 dice en su párrafo 58 que *"el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se oponen a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad"*, tal doctrina, según se entiende, no contradice el criterio de este juzgado expuesto en los anteriores párrafos. Lo que el TJUE dice es que no se opondría al derecho comunitario una norma nacional que, siendo imprescriptible la acción de nulidad, sujetara a plazo de prescripción la tendente a hacer valer sus efectos restitutorios. Mas no dice lo contrario, es decir, que se oponga al derecho de la Unión el que la acción de nulidad sea imprescriptible y los efectos restitutorios derivados de dicha acción también lo sean.

El derecho español, que señala plazos de prescripción (o caducidad) para otras acciones de ineficacia contractual, como las de anulabilidad y rescisión (4 años), en ningún caso disocia los plazos de ejercicio relacionados con la causa de la ineficacia (acción de anulabilidad o rescisión) y con los efectos de la misma (restitución).

De haber querido señalar un plazo específico para reclamar los efectos restitutorios, el legislador lo hubiese hecho. Al no existir un concreto plazo legal para reclamar los efectos de la nulidad radical, debe entenderse, como sucede en todos los otros casos de ineficacia, que el plazo es uno y el mismo (en el caso de la nulidad absoluta no hay plazo, la acción es imprescriptible) para la causa y el efecto.

A mayor abundamiento, hasta la fecha de presentación de la demanda (30.04.20) no habrían transcurrido 15 años sino desde la fecha de pago de las cuotas (a interés variable) anteriores a 30.04.05, y en ningún caso 5 años desde el 07.10.15 en que entró en vigor la ley 42/15 que redujo el plazo del art. 1964 CC de 15 a los mencionados 5 años (deberían, además, en este caso, sumarse los 82 días de suspensión de los plazos de prescripción motivada por la normativa COVID).

### **Séptimo. - Cláusula de vencimiento anticipado.**

El supuesto de vencimiento anticipado objeto de litigio es el previsto en el apartado 2 a) de la cláusula SEXTA BIS de la escritura, que faculta a la entidad para dar por vencido anticipadamente el préstamo y reclamar todo su importe por "la falta de pago de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran".

Limitado así el objeto de nuestro estudio, es de aplicación la doctrina contenida en las SSTSJUE de 14.03.13 y 26.03.19 y TS de 11.09.19. La primera de ellas dice: "Por lo que respecta a la cláusula relativa al vencimiento



anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez (nacional) comprobar especialmente (...) 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 esta 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".

La cláusula impugnada permite a la entidad dar por vencido el préstamo a partir de un solo incumplimiento de cualquier obligación, incluso parcial, cualquiera que sea su concepto y por pequeño que resulte, lo cual no siempre se podrá considerar grave o esencial en atención a la cuantía y duración del préstamo. Ha de tenerse en cuenta en cada caso la entidad del incumplimiento, es decir, el importe de las cantidades o cuantías impagadas en relación con las ya abonadas y las que queden por pagar, y/o el tiempo durante el cual el préstamo haya sido cumplido, la duración del incumplimiento y el tiempo pendiente de cumplir.

En este sentido el art. 24 de la Ley 5/19 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en vigor desde el 16.06.19, exige para que el prestatario pierda el derecho al plazo que el mismo se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses y que la cuantía de la cuotas vencidas y no satisfechas equivalga al menos al 3% de la cuantía del capital concedido si la mora se produce dentro de la primera mitad de la duración del préstamo (a lo que se considera equivalente el impago de 12 plazos mensuales o cantidad análoga), o bien al 7% de la cuantía del capital concedido si la mora se produce dentro de la segunda mitad de duración del préstamo (a lo que se equipara el impago de 17 cuotas o cantidad equivalente), y en ambos casos que el prestamista requiera de pago al prestatario con al menos un mes de antelación y advertencia de que le reclamará en caso de impago.

Según la DT 1ª 4 de la ley el precepto citado se aplicará a los contratos anteriores a su entrada en vigor que incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, salvo que el deudor se decante por la previsión contractual por estimarla más favorable para él.

La facultad de la entidad de resolver el contrato por el incumplimiento de cualquier obligación sin tener en cuenta en cada caso las anteriores consideraciones, es claramente desproporcionada, y por tanto resulta abusiva (y nula) la cláusula (los apartados impugnados).

Lo cual, según la STS 11.09.19 antes citada, no impedirá a la entidad, con fundamento ya no en la escritura sino en la ley, dar por vencido el préstamo y presentar demanda ejecutiva si resulta impagada la cuantía o el número de cuotas que establece el art. 24 de la Ley 5/19, a que se ha hecho mención.

Resta por decir que la entrada en vigor de la Ley 5/19 no priva de objeto a la pretensión del actor de que la cláusula de vencimiento (el supuesto analizado) se declare nula. Antes bien, lo que hace es que dicha cláusula (los concretos supuestos) sea claramente nula y que así deba declararse. En otro caso, si la cláusula no se declarara nula, se estaría diciendo que es válida y, por tanto, en base a ella, la entidad podría dar por vencido el préstamo por cualquier pequeño incumplimiento.

Sin perjuicio, se insiste, de que, ya anulada la cláusula, la entidad pueda promover ejecución con base en la ley (que no en la escritura) si se da uno de los supuestos del art. 24.

#### **Octavo. - Costas.**

Aunque van a declararse nulas las dos cláusulas impugnadas y (en el caso de la cláusula IRPH) van a concederse los efectos reclamados, deben tenerse en cuenta las *dudas de derecho* existentes en relación con la validez o no de la cláusula de mayor calado de esta demanda (IRPH), así como el que *este juzgado se aparta de la jurisprudencia* que en esta materia ha venido siguiendo hasta la fecha el TS.

No habrá por todo ello pronunciamiento sobre costas.

#### **Noveno. - Última precisión**

La sentencia se dictará teniendo como demandada a BANKIA, aunque consta por notoriedad que la misma ha sido absorbida por CAIXABANK, a la espera de que (llegado el caso) en apelación o ejecución se acredite documentalmente y se decrete la sucesión procesal.

Visto cuanto antecede

## **FALLO**



Que **estimando íntegramente la demanda** deducida por el Procurador Sr. Ubillos en nombre de DOÑA Fátima frente a BANKIA:

1. Declaro **nula**, en la parte en que establece como referencia a aplicar al contrato el **IRPH CAJAS**, la **cláusula tercera bis** de la de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12.05.04 autorizada por el Notario de Oviedo Manuel Tuero Tuero con el nº 1574 de su protocolo en la que intervinieron quienes son parte en el procedimiento que aquí se resuelve (fue prestamista la CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, que después sería BANKIA y hoy CAIXABANK). La nulidad de la cláusula se propagará a cualquier supuesto de integración de la misma con cualquier otro índice, contractual o legal, salvo el supuesto de integración judicial establecido en el punto 2 B de este fallo.

2. Como consecuencia de dicha nulidad, la actora deberá manifestar al juzgado, por escrito, cuál de las dos que a continuación se indican es su **opción**, pudiendo hacerlo en cualquier momento posterior a la firmeza de la sentencia (o antes, si desea promover ejecución provisional) y anterior a la caducidad de la acción ejecutiva. Desde el momento en que la demandada conozca dicha opción, se abrirá para ella el plazo de cumplimiento voluntario de la sentencia en relación con los pronunciamientos relativos a la cláusula IRPH. Transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario así computado sin que la demandada hubiese cumplido, podrá la actora promover demanda de ejecución definitiva (o provisional). Las opciones son:

**A) La nulidad de todo el contrato**, en cuyo caso **(a)** el prestamista deberá devolver todos los intereses percibidos (la parte de las cuotas que no es amortización de capital), y **(b)** la actora, la parte del capital prestado pendiente de devolver (o saldo vivo del préstamo), **(c)** en uno y otro caso con más intereses, que lo serán, al tipo de interés legal del dinero, **(1)** en el caso del prestamista, sobre el importe de las cuotas y en su caso amortizaciones anticipadas percibidas, desde la fecha de su cobro hasta la sentencia, y **(2)** en el caso de la prestataria, desde la fecha de entrega del capital (12.05.04), sobre el saldo del préstamo vivo en cada momento hasta la cuota o amortización inmediata posterior, y así hasta la sentencia, **(d)** se determinará cuál es el saldo acreedor a fecha de la sentencia firme por diferencia entre las partidas (de principal) a/ y b/, y ese saldo (diferencia de "principales") devengará intereses al tipo legal del dinero más dos puntos, desde la fecha de la opción (no deben devengarse intereses durante el tiempo que transcurre desde la sentencia firme hasta la comunicación de la opción, pues en tal caso se dejaría a voluntad de solo la actora alargar más o menos este plazo según su conveniencia) hasta el completo pago.

**B) La subsistencia e integración del contrato**, en cuyo caso: **(a)** se sustituirá, desde un principio, la referencia IRPH CAJAS (o la que por ley la hubiera sustituido) por la referencia EURIBOR a un año **(b)** se sumará a la nueva referencia el mismo diferencial de la sustituida (0'50 puntos), **(c)** el BANCO deberá calcular, desde que el préstamo entró en situación de interés variable y hasta que haga efectiva la sustitución -revisando los tipos de interés en la forma prevista en la escritura (revisiones semestrales el 12 de mayo y el 12 de noviembre de cada año, tomando los valores del euríbor de los meses de marzo y septiembre anteriores-, la diferencia entre el importe de las cuotas pagadas con arreglo a la referencia "IRPH CAJAS" (o la que por ley la hubiese sustituido) y los que se hubiesen pagado con arreglo a la referencia "EURIBOR"; del cálculo se dará traslado a la actora por plazo de diez días, pudiendo ésta impugnarlo; en tal caso el juzgado fijará la cantidad correcta, **(d)** el BANCO deberá abonar a la actora la cantidad calculada conforme al apartado anterior c/, **(e)** sobre el exceso pagado en cada cuota, el BANCO deberá abonar a la actora intereses al tipo legal del dinero desde la fecha de abono del exceso en cuestión hasta sentencia, e incrementado el tipo de interés en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago, **(f)** el BANCO deberá abstenerse de aplicar en lo sucesivo la referencia "IRPH CAJAS" (o la que la hubiese sustituido), y aplicar siempre y en su lugar la referencia "EURIBOR a un año".

3. Declaro **nula la cláusula SEXTA BIS apartado 2 a) ( VENCIMIENTO ANTICIPADO** por falta de pago de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran) de la escritura reseñada el en punto 1 anterior. Condeno a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

4. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y que admite recurso de apelación en ambos efectos, que deberá *interponerse* en el plazo de los *veinte días* contados desde el siguiente a la notificación, ante este juzgado y para ante la Audiencia Provincial, mediante escrito en el que el apelante deberá citar la resolución apelada y los pronunciamientos que sean objeto de recurso y exponer las alegaciones en que se base la impugnación ( art. 458 LEC en redacción dada por Ley 37/11 de 11 de octubre, DT Única de dicha Ley y DT 2ª de la LEC 1/00).

*No se admitirá el recurso si quien lo pretende no acredita, al interponerlo, que ha consignado en la cuenta de depósitos del juzgado la cantidad de 50 euros (DAAd 15 LOPJ introducida por LO 1/09 de 3.11, BOE 4.11).*