



Roj: **SAP TO 558/2020 - ECLI: ES:APTO:2020:558**

Id Cendoj: **45168370012020100440**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2020**

Nº de Recurso: **87/2018**

Nº de Resolución: **367/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 TOLEDO00367/2020

Rollo Núm.87/2018.-

Juzg. 1ª Inst. Núm.. 5 de Illescas.-

J. Ordinario Núm..... 409/2016.-

SENTENCIA NÚM. 367

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN RAMON BRIGIDANO MARTINEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

D. ALEJANDRO FAMILIAR MARTIN

En la Ciudad de Toledo, a veintinueve de abril de dos mil veinte.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 87 de 2018, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, en el juicio ordinario núm. 409/16, en el que han actuado, como apelante BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Martínez Cervera; y como apelados, Demetrio y Ángela, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Villegas Zapardiel y defendidos por el Letrado Sr. Pozo Alonso.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Presidente D. Juan Ramón Brigidano Martínez, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 26 de mayo de 2017, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Que estimando parcialmente la demanda la demanda interpuesta por Dº Demetrio y Dª Ángela contra Banco Popular Español, S.A. DEBO: DECLARAR **la**



nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación contenidas en la hipoteca suscrita por los litigantes en fecha 15 de junio de 2011 que a continuación se indican: -Cláusula de interés remuneratorio: "3.2.1. A estos efectos, se establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el BOE como índice o tipo de referencia oficial definido en el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España."; y de la que determina el índice de referencia sustitutorio, 3.2.3. que dice "en el caso eventual de que dicho tipo de interés de referencia dejara de publicarse definitivamente, se aplicará como índice de referencia sustitutorio el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los Bancos y publicados mensualmente en el BOE, como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 1 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España. - Cláusula de límite a la variación del tipo de interés aplicable, conocida comúnmente como "cláusula suelo", - Cláusula del tipo de interés de demora, - Cláusula 4.3, "Comisión por reclamación de posiciones deudoras". - Cláusula 7, de vencimiento anticipado. Y, en consecuencia, CONDENAR a la entidad financiera demandada a eliminar dichas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, sin que desplieguen sus efectos.

CONDENANDO asimismo a la demandada a restituir a los actores la totalidad de los importes que por aplicación de las cláusulas declaradas nulas haya percibido durante la vigencia del contrato.

DESESTIMAR la petición contenida en el punto 2) del Suplico de la demanda.

Todo ello con declaración de las costas de oficio".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., dentro del término establecido, se formuló recurso de apelación, que fue contestado de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: La representación del Banco Popular Español recurre la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Illescas que anula determinadas condiciones generales de la contratación contenidas en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por los litigantes en fecha 15 de junio de 2011 pero limitando el recurso a la **nulidad** de la Cláusula de interés remuneratorio: "3.2.1. A estos efectos, se establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito y publicado mensualmente en el BOE como índice o tipo de referencia oficial definido en el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España."; y de la que determina el índice de referencia sustitutorio, 3.2.3. que dice "en el caso eventual de que dicho tipo de interés de referencia dejara de publicarse definitivamente, se aplicará como índice de referencia sustitutorio el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los Bancos y publicados mensualmente en el BOE, como índice o tipo de referencia oficial, definido en el apartado 1 del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España.

Igualmente se recurre la **nulidad** de la Cláusula 7, de vencimiento anticipado.

SEGUNDO: Empezando por la cláusula de vencimiento anticipado la reciente sentencia 463/2019 de 11 de septiembre afirma: "Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario..- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Pereniová, en que procedería la **nulidad** total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas.

En tal caso, para evitar una **nulidad** del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero- y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de



pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero."

Y para cerrar la cuestión estimó que era de aplicación una normativa imperativa incluso con carácter retroactivo: "Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C-415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior:

«62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto».

Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo".

Con tales premisas es evidente que la cláusula que es objeto de esta decisión no pasa el control puesto que no cumple con las exigencias del art. 24 de la L.C.C.I., ya que mide la gravedad real del incumplimiento, sino que ante el impago de una sola de las cuotas ya concede la posibilidad de resolver el contrato, ni tampoco admite que el consumidor pueda rehabilitar el contrato una vez que se ha producido el impago pues no establece unos criterios claros para ello sino que deja en manos del banco aceptar o no las propuestas que aquel pueda hacer para mantener el contrato por lo que procede desestimar este motivo .

TERCERO: Entrado en el análisis de la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, comúnmente conocido como IRPH la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 establece : Resulta oportuno recordar a tal efecto que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de las mismas (véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y jurisprudencia citada, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C70/17 y C179/17, EU:C:2019:250, apartado 49). 3/3/2020 .Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En este contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo



5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48; de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 40, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C70/17 y C179/17, EU:C:2019:250, apartado 50). Sin embargo, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, puesto en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que «la apreciación del carácter abusivo» no abarca las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C484/08, EU:C:2010:309, apartado 32, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 41). 46 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha destacado que esa misma exigencia de redacción clara y comprensible figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales deben respetarla «siempre» (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartados 67 y 68, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 43). De ello se deduce que la referida exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 71). 47 Procede pues responder a la segunda cuestión prejudicial, letra a), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.(...) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c) 48 Mediante su segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), el juzgado remitente pide sustancialmente que se dilucide si la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, fija un tipo de interés variable cuyo modo de cálculo se considera que resulta complejo para el consumidor medio, el profesional debe comunicar al consumidor de que se trate información sobre el método de cálculo del índice en que se basa el cálculo del mencionado tipo de interés y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.(...) De ello se deduce que, como ya se ha señalado en el apartado 46 de la presente sentencia, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 44). 51 Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 51). 52 Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C143/13, EU:C:2015:127, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 46). Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar,



en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada). 53 Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del **IRPH** de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %. 54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del **IRPH** de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el **IRPH** de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. 55 Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional. 56 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

CUARTO: La demanda expone en su Hecho Tercero que no existió explicación alguna por parte de la entidad financiera a los prestatarios acerca de cómo se haya el **IRPH**. Tampoco explicó como se había comportado el **IRPH** en los últimos años y la diferencia con otros índices oficiales.

Por su parte la contestación a la demanda en la que fundamentalmente se alega que no es una condición general de la contratación sino parte esencial del contrato y que por tanto no puede ser sometida a control de abusividad, que la cláusula **IRPH** fue negociada individualmente, que se tomó ese índice de referencia justamente para adaptarse a las necesidades del cliente -refinanciación de pólizas de crédito, de destino empresarial, con intereses remuneratorios al 8,5%. La cláusula del **IRPH** tiene el carácter de contractual su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores no es obligatoria pues no viene impuesta por ninguna normativa legal, sino que es un índice de referencia que voluntariamente fijan las partes (...). En suma, cabe concluir que los clientes tuvieron la oportunidad para negociar la incorporación de esta cláusula. Si no, hubieran seguido manteniendo la vigencia de los contratos que hasta entonces tenían suscritos con POPULAR. No estamos ante una cláusula impuesta, no siendo posible, por tanto, su control abusividad. Entrando en el análisis del primer nivel de transparencia, la cláusula que establece el **IRPH** como índice de referencia lo define como "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de la vivienda libre del conjunto de entidades de crédito" (Cfr. Cláusula 3.2.1). 54. (...) se encuentra destacado en un apartado propio, de lo que se deriva que el prestatario tuvo la oportunidad real de conocer la existencia de la cláusula al tiempo de la celebración del contrato. La cláusula suelo no es ilegible, ambigua, oscura ni incomprensible en los términos fijados por los arts. 5 y 7 LCGC. La cláusula es clara y sencilla y deja pocas



dudas sobre su alcance y función económica dentro del contrato. (...) lo que habrá que analizar a continuación es cómo se incorporó esa cláusula al contrato, esto es, si los Demandantes fueron informados de su existencia y de sus efectos jurídicos y económicos. (...) (a) La práctica habitual de mi principal, concretada de manera efectiva en nuestro caso, era y es explicar verbalmente y por escrito al cliente todos los pormenores relativos a los intereses que debería pagar por su préstamo, lo que incluía lo relativo a la cláusula en donde se establecía el índice de referencia aplicable al Préstamo -IRPH-. (b) Si atendemos al contrato de préstamo hipotecario, observamos que la cláusula no aparece ubicada entre una abrumadora cantidad de datos que puedan diluir la atención del adherente. Antes, al contrario, la cláusula tiene un tratamiento autónomo y diferenciado de las que contienen el diferencial e índice sustitutivo. (...) El Banco cumplió con los requisitos establecidos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, entregando, con más de tres días de antelación a la firma del préstamo, oferta vinculante con las condiciones de la operación (vid. folio RJ5506210 del Préstamo). 58. En consecuencia, era fácilmente comprensible para los prestatarios que la cláusula en donde se establecía el índice de referencia aplicable al Préstamo afectaba al precio del contrato, elemento principal del mismo. Todo ello, unido a la información precontractual recibida del Banco y a la claridad de la redacción de la cláusula -que estaba resaltada y era una cláusula separada con enunciado propio- debe conducir inexorablemente a declarar acreditado que los Demandantes tuvieron a su alcance, antes de la conclusión del contrato, los elementos necesarios para entender y valorar de forma real: (i) la carga económica que le suponía el préstamo, y (ii) cómo le afectaba la cláusula. La parte actora, en síntesis, pudo comprender -y comprendió- que esta cláusula afectaba al precio que iba a pagar (intereses).

En el procedimiento consta como prueba la documental dado que, aunque se celebró juicio y se admitió el interrogatorio de parte no se practicó.

QUINTO: Resumiendo los requisitos expuestos en la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, en primer lugar debe destacarse que al contrario de lo que expone la demandada en su contestación, el control judicial no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical sino que debe analizar la exigencia de transparencia y deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional y concretamente 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, si 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 y destaca: "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" y cómo podría evolucionar en un futuro. "

En este caso la demanda afirma que no existió explicación alguna por parte de la entidad financiera a los prestatarios acerca de cómo se haya el IRPH ni como se había comportado el IRPH en los últimos años y la demandada como se expuso no se especifica claramente cuál fue la información dada concretamente a Demetrio y Ángela sino que habla de "la práctica habitual de mi principal", es decir que no existe certeza de lo que en este caso se ha hecho, "era y es explicar verbalmente y por escrito al cliente todos los pormenores relativos a los intereses que debería pagar por su préstamo, lo que incluía lo relativo a la cláusula en donde se establecía el índice de referencia aplicable al Préstamo -IRPH-." pero aparte de lo expuesto en ningún momento ni se alega ni menos aun se prueba (no olvidemos que solo se aporta documental y no se ha practicado la prueba de interrogatorio de parte) que la entidad bancaria haya explicado las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y concretamente 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 por lo que procede desestimar este motivo de apelación.

SEXTO: Sobre los efectos de la declaración de nulidad la STJUE de 3 de marzo de 2020 mantiene "Por consiguiente, procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por



el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (véase, por analogía, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C70/17 y C179/17, EU:C:2019:250, apartado 59). 65 En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de «supletorio». En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio. 67 Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.”

SEPTIMO: Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

FALLO:

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 26 de mayo de 2017, en el procedimiento núm. 409/16, de que dimana este rollo, imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION. - Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Presidente D. Juan Ramón Brigida no Martínez, en audiencia pública. Doy fe. -