

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

Apelante/s:

Procurador/es: JAVIER EMILIO GOMEZ GRAS
Letrado/s: MARIA MAGDALENA RICO PALAO

y CAIXABANK SA

Apelado/s:

Procurador/es :
Letrado/s:

ROLLO DE SALA Nº 757-M543/18

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 523/16

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NOVELDA-2

SENTENCIA NÚM. 274/19

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco-José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a cuatro de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, actuando como Sección especializada en los asuntos de lo mercantil, ha visto los autos de Juicio Ordinario número 523/16, sobre condiciones generales de la contratación, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Novelda, de los que conoce en grado de apelación en virtud de sendos recursos entablados, de un lado, por la parte actora, _____, representada por el Procurador Don Javier Emilio Gómez Gras, con la dirección de la Letrada Doña María Magdalena Rico Palao y; de otro lado, por la parte demandada, CAIXABANK, S.A., representada por el Procurador _____, con la dirección del Letrado _____.

I - ANTECEDENTES DE H E C H O.-

PRIMERO.- En los autos de Juicio Ordinario número 523/16 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 2 de Novelda se dictó Sentencia de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Javier Emilio Gómez Gras en nombre y representación de*

contra Caixabank S.A. La Caixa

debo declarar y declaro la nulidad funcional por abusiva de la cláusula suscrita en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 31.05.2007, otorgada por con la entidad

Caixabank S.A. La Caixa bajo la fe notarial de ,

incluida en la cláusula quinta, en lo relativo a los aranceles notariales, aranceles de registro y gastos de gestoría. Debo declarar y declaro nula la cláusula sexta del citado contrato teniendo los intereses moratorios por no puestos. Asimismo debo declarar la no abusividad de las cláusulas relativas al IRPH, a la cuota final y la relativa al pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y con ello su subsistencia. En consecuencia, debo condenar y condeno a Caixabank S.A. La Caixa a suprimir dichas cláusulas declaradas abusivas; ello no obstante, el contrato seguirá en vigor y resultará obligatorio para las partes en los mismos términos sin dichas cláusulas abusivas.

Además, la demandada deberá reintegrar a los actores lo cobrado en virtud de la cláusula declarada nula, esto es 91325 euros, cantidad que devengará el interés legal del dinero desde la fecha del cobro de las cantidades señaladas hasta el pago íntegro; interés legal del dinero que se incrementará en dos puntos a partir de la presente sentencia conforme al art. 576 LEC.

En materia de costas, no procede efectuar pronunciamiento alguno, de manera que cada parte deberá asumir las ocasionadas a su instancia y las comunes serán satisfechas por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación por las partes y, tras tenerlos por interpuestos, se dio traslado de

cada uno de ellos a la parte adversa, la cual presentó el respectivo escrito de oposición.

Seguidamente, tras emplazar a las partes, se elevaron los autos a este Tribunal donde fue formado el Rollo número 757-M543/18 en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día veintisiete de febrero, en el que tuvo lugar.

Por la parte actora, tanto en su recurso de apelación como en esta alzada ha solicitado la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva la cuestión prejudicial ya planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona registrada como asunto C-125/18 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ante las referidas solicitudes se acordó decidir sobre las mismas tras la deliberación y votación del recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique García-Chamón Cervera.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las demandas sucesivas que inician este proceso tienen por objeto:

1) la declaración de nulidad de la cláusula relativa al interés variable en cuanto se refiere al índice IRPH-Cajas (tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de la modalidad cajas de ahorro) y, del tipo sustitutivo (tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorros), inserta en la cláusula financiera pacto tercero-bis de la escritura del crédito abierto con garantía hipotecaria otorgada entre las partes el día 31 de mayo de 2007, por su falta de transparencia y abusividad y; subsidiariamente, su sustitución por el Índice oficial Euribor;

2) la condena de la entidad demandada a devolver las cantidades resultantes de la aplicación del Índice IRPH desde el inicio hasta la actualidad y; subsidiariamente, la condena a la devolución de las cantidades pagadas de

más por la diferencia entre el IRPH y el Euribor;

3) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto sexto del mismo contrato relativa a los intereses de demora establecidos unilateralmente por la demandada en el 20,5%.

4) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto quinto (gastos a cargo de la parte acreditada) y la pretensión de condena a la restitución de 2.589,35.- € que se desglosan en: gastos de Notaría, 492,88.- €; inscripción en el Registro de la Propiedad, 162,42.- €; gastos de gestoría, 257,95.- € e; IAJD, 1.676,10.- €.

5) la declaración de nulidad de la cláusula financiera pacto segundo (amortización) en lo relativo al cálculo de la cuota final al vencimiento que, de momento, se ha cuantificado en 36.000.- €.

La Sentencia de instancia estimó en parte la demanda solo en lo relativo a la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los intereses moratorios, la nulidad de la cláusula relativa a los gastos y a la condena a la restitución de todos los gastos reclamados por importe de 913,25.- € a excepción del IAJD, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la instancia.

Frente a la misma se han alzado ambas partes mediante sendos recursos de apelación:

Las alegaciones de la parte actora se concretan en: i) nulidad de la cláusula que se remite al IRPH para el cálculo del interés ordinario; ii) nulidad de la cláusula financiera pacto segundo (amortización) en lo relativo al cálculo de la cuota final al vencimiento que, de momento, se ha cuantificado en 36.000.- €.

Las alegaciones de la parte demandada se concretan en: i) validez de la cláusula sobre gastos; ii) improcedencia de la condena a la restitución de los gastos correspondientes a Notaría, Registro de la Propiedad y gestoría; iii) improcedencia de la nulidad de la cláusula de interés de demora.

SEGUNDO.- Recurso de apelación deducido por la parte actora.

Sobre la primera alegación relativa a la nulidad de la aplicación del índice IRPH, este Tribunal ya ha adoptado criterio al respecto (por todas, sentencia de 20 de octubre de 2017), cuyos razonamientos se transcribirán a continuación y sirven para dar respuesta a las cuestiones planteadas por la

recurrente.

Dicho criterio ha sido refrendado por la Sentencia de la Sala Primera (Pleno) del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 que, al abordar la cuestión relativa a la nulidad de la cláusula, inserta en una escritura de préstamo hipotecario, que establece el cálculo del interés variable conforme al índice IRPH, ha efectuado los siguientes razonamientos de interés:

i) Los índices IRPH se definen como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades). Dichos índices encontraron cobertura en la Orden de 5 de mayo de 1994, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio. La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

ii) Conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, siempre y cuando reúna todos y cada uno de los requisitos que legalmente son necesarios para su calificación como tal.

iii) Sólo puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye dicho índice en un contrato con consumidores esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

iv) En primer lugar, por tanto, ha de analizarse si la cláusula gramaticalmente permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el

interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España.

v) En segundo término, desde la perspectiva de la transparencia material (teniendo en cuenta que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo y que, por tanto, la cláusula que establece la fijación de dicho interés relacionándolo a uno de tales índices afecta a un elemento esencial del contrato que determina su objeto principal), el control tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Pues bien, dado el carácter esencial de la cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

TERCERO.- Los razonamientos habitualmente efectuados por este Tribunal sobre el tema que nos ocupa, a los que hemos hecho referencia, y que son perfectamente extrapolables al caso que nos ocupa, son los siguientes:

"TERCERO.- En relación a la nulidad de la cláusula IRPH, del contenido de alegaciones se evidencia que lo que se alega es error en la no consideración de la falta de transparencia de los índices de referencia impuestos, por no valorar el conocimiento y formación de las demandantes y el

incumplimiento de la obligación de información de la entidad, por no considerar que el IRPH es abusivo y susceptible de manipulación.

Posición del Tribunal. (...)

Debemos partir para nuestro análisis de tres afirmaciones que entendemos no están controvertidas, a saber, en primer lugar de que los actores reúnen la condición de consumidores, en segundo lugar, de que la cláusula debatida es una condición general de contratación y, en tercer lugar, de que la cláusula que fija el índice de referencia a los tipos de interés aplicables en los periodos pactados define el objeto principal del contrato de préstamo, es decir, su precio, pues como dijimos en nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 2015 (...)el tipo de referencia...acordado en nuestro préstamo hipotecario establecen el tipo de referencia que sirve para fijar el interés variable, que es lo que constituye el precio que los prestatarios han de abonar como contraprestación al disponer del capital .

El análisis de la transparencia, de la superación por la cláusula general de dicha condición, requiere examinar tanto lo relativo a la incorporación -o transparencia formal- como el conocimiento sustantivo por el consumidor de la cláusula -control de transparencia material-.

Pues bien, entendemos que la cláusula supera fácilmente el control de incorporación.

En efecto, si se trata de valorar si la información que se facilita en el tenor de la cláusula confiere oportunidad real de su conocimiento por el usuario adherente al tiempo de la celebración del contrato, la respuesta es positiva, pues en absoluto puede calificarse la cláusula de ilegible, ambigua, oscura o incomprensible. Además, su ubicación dentro del contrato es correcta y lógica, apareciendo en la cláusula de intereses (cláusula 3) no pudiendo sostenerse que se pueda considerar una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impida relacionarla con el precio del préstamo.

El art. 5.5 LCGC indica que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, estableciendo en su apartado 7º que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones que no hayan tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

En el caso los demandantes han tenido oportunidad de conocer la cláusula que define el interés ordinario como precio del contrato. La cláusula tiene una redacción que garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del IRPH pues permite a los demandantes conocer esencialmente que la variabilidad de los tipos de interés se hará conforme a un determinado índice que actuará de referenciador para fijarlos, siendo aquél índice el IRPH.

CUARTO.- Más compleja resulta sin embargo la cuestión desde la perspectiva del control de transparencia material que implica analizar la cuestión de si los clientes, hoy demandantes, comprendieron el significado de la cláusula que hemos transcrito y si la entidad prestamista entidad ofreció otras alternativas más favorables para el cliente.

Como ha señalado el Tribunal Supremo - STS 9 de mayo de 2013 -, tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse " a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible ". Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio -es el caso del índice IRPH- y a la contraprestación si no es transparente.

Este control de transparencia, " como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo " - STS 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013 .

Como se desprende de la STS de 9 de mayo de 2013 , la cláusula IRPH forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por

ello del objeto principal del contrato.

La ratio de la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo era básicamente, que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. Para el consumidor, el precio del crédito estaría constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia variable.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Dice la Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 que " la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical " (ap. 71), sino que " esa exigencia debe

entenderse de manera extensiva " (ap. 72). Concluye el Tribunal que " la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como un obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo " (ap. 73).

Pues bien, si proyectamos esta doctrina a nuestro caso, en que la cláusula controvertida, en el contexto de un préstamo con interés variable, referenciado al IRPH, la exigencia de transparencia iría más allá de que la redacción de la cláusula fuera clara y comprensible para el consumidor y alcanzaría a que éste pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo, esto es, que pudiera ser consciente de que el interés del préstamo era variable conforme a un determinado índice referencial que presenta determinadas características frente a otros índices, señaladamente, frente al más común Euríbor.

Es lógico que para ello influya el conocimiento general que por entonces existía sobre el citado índice y la forma en que fue presentado en la información precontractual.

Hemos afirmado que la cláusula sí goza de claridad y comprensibilidad en su tenor literal. Desde luego, la ubicación de la indicación del índice de referencia al IRPH, tampoco es equívoco.

De este modo, no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene con ocasión de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado.

Por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte conforme a un determinado índice de referencia, no es, en si mismo, algo extraño o sorpresivo, y desde luego la forma en que opera es fácilmente

comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor medio -que es aquél que no tiene especiales conocimientos financieros ni experiencia de tal naturaleza- pueda comprender "las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (expresión empleada por la reseñada STJUE de 30 de abril de 2014).

El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable conforme al concreto índice que se fijaba.

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, " no fácil " para un consumidor. Pero que de pactarse un interés variable se establezca que éste estará referenciado a un determinado índice, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorprendente después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas con índice de referencia, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas.

Es por ello que entendemos que en el caso los clientes sí pudieron conocer de la existencia del concreto índice de referencia para fijar el interés tanto más cuando de hecho suscribieron sendas ofertas vinculantes donde constaba el índice de referencia.

En suma, no cabe declarar abusivas, tras aplicar el control de transparencia, la cláusula que fija el IRPH como índice de referencia, tanto más teniendo en cuenta que se trata de un un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, modificada por la Circular 4/1994 del Banco de España, lo que implica que no es la entidad crediticia quien ha fijado las pautas para decidir el IRPH en cada periodo.

Es cierto que el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Lo mismo cabe predicar, en

cuanto a construcción financiera y carácter influenciado y manipulable del citado Euríbor. Por tanto, si el Euríbor se admite como válido por tratarse de un índice oficial y se pretende aplicar como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH.

Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo, a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación, no al menos de forma distinta a lo que lo pueden hacer con otros índices, como el Euríbor -y basta traer a colación las actuaciones recientes de la Comisión Europea sancionando a diversas entidades crediticias por alteración de éste-

QUINTO.- (...)

En todo caso lo que defiende el recurrente es que la abusividad deriva del hecho de que el índice IRPH fue impuesto de manera opaca, no informándose adecuadamente a los clientes

Pues bien, ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos, sobre la pretensión de nulidad del índice IRPH, además de por lo expresado en el anterior fundamento, en nuestra Sentencia número 309/2015, de 18 de diciembre en el sentido de considerar que es un índice legal, trayendo a colación la SAP Guipúzcoa, Secc 2ª, de 23 de enero de 2015 y la SAP Castellón, Secc 3ª, de 4 de septiembre del mismo año.

En cualquier caso entendemos que no debe olvidarse que el enjuiciamiento del carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo, de conformidad con lo que dispone el ya citado art. 4-1 de la Directiva 93/13 que señala que (...)el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa " (en este sentido SSTJUE antes citadas Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42, Banif Plus Bank, apartado 40 y Aziz, apartado 71) y el art. 82-3 TRLCU, siendo así que estamos ante un índice oficial que las entidades financieras podía utilizar en sus productos, sin que en absoluto conste que la entidad demandada hubiera manipulado el índice a su favor

como ya hemos expuesto con anterioridad".

CUARTO.- Se rechaza la solicitud de suspensión del presente recurso hasta tanto resuelva el Tribunal de Justicia sobre una cuestión prejudicial ya elevada por un tribunal español sobre la transparencia de la cláusula IRPH (asunto C-125/18) por las razones ya expuestas en el Auto de esta Sección de fecha 14 de febrero de 2018 (Rollo 83-M29/17), las cuales reproducimos a continuación:

"Fundamenta su petición la parte apelante en que no concurre un "acto claro" para enervar la obligación de plantear la cuestión en relación a la cláusula IRPH porque los criterios de transparencia e información previa también son exigibles en el caso que al consumidor se le imponga un índice más caro que el habitual, es decir, el IRPH frente al Euríbor, dándose sobre el caso jurisprudencia contradictoria lo que viene a ratificar, conforme a la jurisprudencia europea que cita, que se trata de un acto no claro y que en consecuencia, concurren los requisitos objetivados por el TJUE para considerar que hay que formular cuestión prejudicial.

Añade el solicitante que la interpretación de la Directiva 93/13 y su correspondencia legal española exige examinar si a la vista de la redacción del contrato impuesto por el empresario bancario, tiene el cliente derecho a conocer la carga económica a la que se expone con el IRPH, que es minoritario frente al Euríbor y si la obligación del empresario es también la de exponer las ventajas comparativas con otros índices de referencia más económicos.

En consecuencia, que el Tribunal de Justicia debería decidir sobre si se opone a la Directiva 93/13 el dar por válido un clausulado que no cumple con las exigencias informativas de transparencia que han quedado asentadas por la jurisprudencia comunitaria a fin de garantizar que el consumidor pueda comprender al menos los efectos en las cuotas de la imposición del IRPH.

Termina su exposición con un examen somero sobre la obligación de los Jueces y Tribunales de aplicar el derecho de la UE con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre la necesaria comprensión de las cláusulas por parte del consumidor, la exigencia de la buena fe respecto de la actuación de la entidad financiera, la exigencia de control de oficio como medida de protección

del consumidor y, finalmente, sobre el carácter retroactivo de las cláusulas abusivas.

Posición del Tribunal.

No está en cuestión ni la primacía del derecho de la Unión Europeo -art 4 bis LOPJ- ni la jerarquía interpretativa que los textos constituyentes de la Unión atribuyen al Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial -art 19.3 TUE y art 267 TFUE-

Lo que está en cuestión es si se dan las condiciones para que este Tribunal plantee la cuestión que se propone y que afecta a la cláusula IRPH sobre la que, recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre.

Pues bien, conforme a la jurisprudencia del TJUE, un Tribunal de justicia ha de plantear cuestión prejudicial cuando entienda aplicable a un caso una norma interna que considera contraria al ordenamiento europeo, o una norma europea de la que no conste interpretación y que podría suscitar dudas de compatibilidad con otras normas internas -STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-160/14-.

Pero también dice esa misma jurisprudencia que "los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan una amplísima facultad para someter la cuestión al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan una decisión por su parte" -STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos C-188/10 y C189/10), añadiendo que si consideran esos mismos órganos que carece de relevancia la cuestión para la resolución judicial, no han de plantearla -STJUE de 18 de julio de 2013, asunto C-136/12-.

Por otro lado, la STC 99/2015, de 25 de mayo expresamente se declara que "el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación".

Pues bien, en el caso, ninguna duda el Tribunal sobre la legalidad de la cláusula IRPH. De hecho este Tribunal ha mantenido a lo largo de todas las resoluciones dictadas con anterioridad a la decisión del Tribunal Supremo ut supra, el criterio que finalmente ha sido asumido por el Alto Tribunal, es decir, que la cláusula en cuestión sí supera el control de transparencia cuando se dan las condiciones para ello sin que entre ellas se incluya la información sobre la evolución del IRPH frente al Euríbor porque no puede ser conocida, de modo tal que el perjuicio que pudiera derivarse en caso de evolucionar en perjuicio del prestatario frente al Euríbor no es sino una eventualidad inconmensurable para la entidad.

En efecto, no podemos compartir con el apelante que el nivel de información se pueda proyectar, como exigencia a la comercializadora, sobre futuros o hipótesis.

En relación a ello ha señalado recientemente el Abogado General en sus Conclusiones de 27 de abril de 2017 dadas en el asunto C-186/16, caso de consumo -préstamo multidivisas- lo siguiente: "debe exigirse al profesional, en el presente asunto el banco, que exponga, habida cuenta de sus conocimientos especializados en la materia, las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera...No obstante, no me parece razonable exigir al profesional que, en la fase de celebración del contrato de crédito, informe al consumidor de acontecimientos o de circunstancias posteriores a la celebración del contrato que él no estaba en condiciones de prever. No cabe exigir a los profesionales que faciliten a los consumidores información distinta a la que ellos conocen o habrían debido conocer objetivamente en el momento de la celebración de este contrato".

Y es que la información debida nace de dos factores, primero, del hecho de que es un producto temporal y por tanto, vinculado a los cambios del mercado y, segundo, que es un producto en el que al fijarse el precio en base a un índice de mercado, resulta especulativo y por naturaleza, anudado a la evolución imprevisible del propio mercado, de todo lo cual deduce que la información a prestar no es de futuros sino de escenarios posibles y de su repercusión sobre el cliente, en suma, de los riesgos ante esos escenarios.

En conclusión, no habiendo duda sobre la cuestión y compartiendo la

tesis mantenida por el Tribunal Supremo sobre la cuestión, no considera el Tribunal que deba formular la cuestión prejudicial solicitada por la parte."

Además, solo es el órgano jurisdiccional el que puede decidir si existen dudas sobre la interpretación de una norma de la Unión Europea aplicable al caso concreto y si procede suspender el procedimiento bien para elevar una cuestión prejudicial o bien para esperar la decisión sobre una cuestión prejudicial pendiente de resolución que verse sobre el mismo objeto ahora enjuiciado.

La STJUE 9 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C 72/14 y C 197/14 declaró: *"El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, como es el caso del órgano jurisdiccional remitente, no está obligado, por un lado, a plantear cuestión alguna al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el mero hecho de que un órgano jurisdiccional nacional inferior, en un asunto similar al que debe dirimir dicho órgano jurisdiccional remitente y que versa exactamente sobre la misma clase de controversia, haya planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, y, por otro lado, tampoco está obligado a esperar la respuesta a dicha cuestión prejudicial"*.

QUINTO.- La segunda alegación del recurso se centra en la nulidad de la cláusula financiera pacto segundo (Amortización) en cuanto no resulta transparente para determinar el importe de la cuota correspondiente al vencimiento final de la disposición al decir que se adicionará "el resto del capital de la disposición pendiente de amortizar" y que en los sucesivos recibos de las cuotas de amortización ya se indica que la referida cantidad será de 36.000.- €.

Es evidente que estamos ante una condición general de la contratación en la que los adherentes son consumidores que afecta a la definición del objeto principal pues se refiere a la cuantificación de la cuota de amortización en el momento del vencimiento, la cual no puede declararse abusiva pero puede examinarse si supera el control de incorporación y/o el de transparencia.

De la lectura de la cláusula no se puede deducir con claridad que la cuota final tendrá un importe diferente del resultante de aplicar un cuadro de

amortización basado en el sistema francés y, menos aún, que se adicione el capital no amortizado en las cuotas anteriores cuya cuantía ya se ha fijado en 36.000,00.- €.

Es manifiesto, pues, que la cláusula referida no supera el control previsto en el artículo 7.b) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en cuanto que resulta oscura e incomprensible, por lo que procede la declaración de no incorporación (artículo 9 de la Ley 7/1998) sin que determine la ineficacia total del contrato.

SEXTO.- Recurso de apelación deducido por la parte demandada.

La primera de las alegaciones impugna la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos.

Hemos de mantener la nulidad declarada en la Sentencia recurrida porque la cláusula controvertida atribuye de manera indiferenciada e indiscriminada a la parte prestataria todos los gastos sin reparar en la norma legal o reglamentaria que identifica el sujeto obligado a su pago respecto de cada uno de los concretos gastos.

La STS de 23 de diciembre de 2015, aunque el objeto de la demanda era una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas, mantenía este criterio:

"1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza

correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º)."

La reciente Sentencia del Pleno de la Sala Primera número 46/2019, de 23 de enero, mantiene idéntico criterio en el supuesto del ejercicio de una acción individual de nulidad de la cláusula de gastos de un préstamo hipotecario:

"En las sentencias de pleno 705/2015 de 23 de diciembre y 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo, declaramos la abusividad de las cláusulas que, en contratos de préstamo con consumidores, sin negociación y de manera predispuesta, atribuyen indiscriminadamente al consumidor el pago de todos los gastos que genera la operación.

A los efectos de determinar si dicha imposición produce un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, resulta de interés la STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12 (Constructora Principado), cuando dice:

«21 A este respecto el Tribunal de Justicia ha juzgado que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 68).

»22 Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total

de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro.

»23 Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

»24 En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz, antes citada, apartado 71).

»25 El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve, en relación con el artículo 5 de la Directiva, que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, apartado 44)».

3.- Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de

tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual."

Así pues, las cláusulas que imponen todos los gastos a la parte prestataria sin atenerse a las normas que identifican el sujeto obligado al pago de cada uno de ellos hemos de declararlas abusivas.

SÉPTIMO.- Seguidamente, se impugna por la entidad apelante la obligación de restituir a los actores el pago de los gastos de Notaría.

En relación con los sujetos obligados al pago de los gastos de un préstamo hipotecario, la ya citada STS número 46/19, de 23 de enero declaró:

"A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre esa base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación.

6.- Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta».

Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación, que resultan del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política

legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

En cuanto a los gastos notariales, la citada Sentencia ha aplicado las normas que determinan el sujeto obligado al pago:

"TERCERO.- Gastos notariales

1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos -préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

Así pues, como la Sentencia recurrida condenó a restituir la totalidad de la suma correspondiente a los gastos notariales (492,88.- €), en aplicación del criterio establecido por la reciente jurisprudencia, la entidad apelante deberá restituir a la parte prestataria la mitad de la referida cantidad, esto es, 246,44.- €.

OCTAVO.- En cuanto a los gastos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la citada STS número 46/2019, de 23 de enero, también ha aplicado las normas que determinan el sujeto obligado al pago de este concepto:

"CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad

1.- En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto."

Así pues, procede confirmar la condena de la apelante a la devolución a

la prestataria de la suma de 162,42.- €, cantidad total abonada indebidamente por la prestataria por el concepto de gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

NOVENO.- En relación con los gastos de gestoría, también la misma STS número 46/2019, de 23 de enero, ha establecido el criterio para determinar el sujeto obligado a su pago:

"1.- En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad."

En consecuencia, como la Sentencia de instancia había condenado a devolver la totalidad de la cantidad abonada por este concepto (257,95.- €), procede reducir la condena a restituir la mitad (128,98.- €).

DÉCIMO.- En cuanto a la alegación sobre la validez de la cláusula del interés de demora en la misma se fija un tipo de interés nominal anual del 20,5% que excede en más de dos puntos el interés remuneratorio.

Hemos de rechazar esta alegación, remitiéndonos al criterio de esta

Sala plasmado en la Sentencia de 4 de noviembre de 2016 de la siguiente manera: *"El contrato de préstamo preveía un interés de demora anual consistente en añadir diez puntos al tipo de interés remuneratorio vigente al producirse la demora. La Sentencia del Pleno de la sala Civil del Tribunal Supremo, de 22 de abril del 2015 fija como doctrina jurisprudencial que "... en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado ". Esta Audiencia Provincial de Alicante adoptó, en fecha 3 de julio del 2015, el criterio unificado de seguir la citada doctrina jurisprudencial, en los contratos de préstamo personal.*

En la más reciente, de fecha 3 de julio del 2016, el TS ha adoptado, por motivos de conveniencia por seguridad jurídica, establecer el mismo criterio para considerar el carácter abusivo de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios.

De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual, siguiendo la doctrina jurisprudencial indicada, debemos considerarlo abusivo y, por tanto, nula la cláusula que lo establece.

La citada STS de 22 de abril del 2015 se pronuncia (fundamento de derecho sexto, bajo la rúbrica "Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo") sobre esta cuestión, analizando minuciosamente la jurisprudencia sentada al respecto en varias sentencias del TJUE, y adoptando el criterio (con una extensa justificación, que no consideramos preciso transcribir, por la meridiana claridad de la sentencia citada, a la que nos remitimos), que este Tribunal mantendrá y aplicará en la presente resolución (pues idéntica posición adopta la también referida STS de 3 de julio del 2016. Cláusula de interés moratorio: abusivo si excede en dos puntos del interés remuneratorio), de que el carácter abusivo de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio, que han de ser suprimidos, de un modo completo, y no simplemente reducidos a magnitudes que excluyan su abusividad.

Lo que, en el caso que nos ocupa, ha de significar, la aplicación del interés remuneratorio pactado."

Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia dictada el 7 de Agosto de 2018 en los asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, ha venido a confirmar y ratificar la doctrina del Tribunal Supremo referente a la abusividad de la cláusula de intereses de demora en cuanto excede de más de dos puntos sobre el interés remuneratorio, en los contratos de préstamo celebrados con consumidores. En su fallo establece lo siguiente:

"2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

3) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato."

Doctrina que ya ha sido aplicada por la STS Pleno de 28 de noviembre de 2018.

Por todo lo cual, concurriendo en el presente caso similares antecedentes fácticos, pues el interés moratorio pactado excede en más de dos puntos del interés remuneratorio, procede acoger igualmente el recurso de apelación y confirmar la nulidad de la cláusula litigiosa.

Ahora bien, procede clarificar, precisión no contenida en la Sentencia recurrida, que se mantiene el devengo del interés remuneratorio porque la nulidad solo afecta a los puntos porcentuales correspondientes al tipo de interés de demora.

DÉCIMOPRIMERO.- Costas causadas en esta alzada.

No procede efectuar especial imposición a ninguna de las partes sobre las costas causadas en esta alzada al haberse estimado en parte los dos recursos de apelación según prevé el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMOSEGUNDO.- Se acuerda la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación al haberse estimado en parte según establece la Disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Con estimación parcial de los dos recursos de apelación deducidos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Novelda de fecha veintinueve de marzo de dos mil dieciocho, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la mencionada resolución en el sentido de:

- Adicionar el siguiente pronunciamiento: Debemos declarar y declaramos la no incorporación de la cláusula financiera pacto segundo (Amortización) en cuanto al procedimiento de determinación del importe de la última cuota correspondiente al vencimiento final.
- Reducir la cantidad total a restituir a los actores a la de **QUINIENTOS TREINTA Y SIETE EUROS CON OCHENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (537,84.- €)**;
- Aclarar que la nulidad de la cláusula del interés de demora no impide el devengo del interés remuneratorio.

manteniendo el resto de los pronunciamientos; sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada y, acordando la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación.

Se rechaza la solicitud de suspensión del presente recurso hasta tanto resuelva el Tribunal de Justicia sobre una cuestión prejudicial ya elevada por un tribunal español sobre la transparencia de la cláusula IRPH (asunto C-125/18).

Notifíquese esta Sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales compuestos de dos tomos al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución no es firme y podrá interponerse contra ella ante este tribunal recurso de casación al poder presentar su resolución interés casacional y también, conjuntamente, el recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación.

De dichos recursos conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Al tiempo de la interposición del recurso de casación y/o del extraordinario por infracción procesal deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 € por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER en el caso de que legalmente proceda, sin cuya acreditación no se tendrá por interpuesto.

Así, por esta nuestra Sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. *"D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano*

Guzmán.- Firmado y Rubricado."

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados . De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/0757/18 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/0757/18, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA