

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE NOVELDA

JUTJAT DE 1a INSTÀNCIA I INSTRUCCIÓ NÚM. 2 DE NOVELDA

PALACIO DE JUSTICIA - AVENIDA DE LA CONSTITUCION,84 - 03660 NOVELDA (ALICANTE)
TEL: 965.31.59.23/24/25/26/27/28/29/30 FAX: 965.31.59.63 e-mail: nomi02_all@gva.es

Procedimiento Ordinario [ORD] - 001008/2016

Dimana de: Documentación incompleta.

Demandante /Demandant:

Procurador/a: GOMEZ GRAS, JAVIER EMILIO y GOMEZ GRAS, JAVIER EMILIO

Abogado/a / Advocat/a: RICO PALAO, MARIA MAGDALENA y RICO PALAO, MARIA MAGDALENA

Demandado/Demandat: CAIXABANK SA (LA CAIXA)

Procurador/a:

Abogado/a / Advocat/a:

SENTENCIA Nº 11/2020

En Novelda, a diecisiete de enero de dos mil veinte.

Vistos por mí, Dña. Jessica Tortosa Aparicio, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Novelda, los presentes autos de juicio ordinario a instancia del Procurador D. Javier Emilio Gómez Gras en nombre y representación de D.

contra Caixa S.A. La Caixa en reclamación de declaración de nulidad de la cláusula relativa al IRPH, a los intereses de demora, el relativo a la cuota o vencimiento final, y el relativo a los gastos de formalización de hipoteca, más intereses y costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por demanda de fecha de registro 2 de diciembre de 2016, ampliada en fechas 6 de febrero de 2017 y 5 de abril de 2017 interpuesta por del Procurador D. Javier Emilio Gómez Gras en nombre y representación de D.

y Dña. contra Caixa S.A. La Caixa en reclamación de declaración de nulidad de la cláusula relativa al IRPH, a los intereses de demora, el relativo a la cuota o vencimiento final, y el relativo a los gastos de formalización de hipoteca, más intereses y costas, se incoa el presente procedimiento de juicio ordinario, emplazando a la demandada para que conteste mediante decreto de 24 de enero de 2018, contestando la demandada en fecha 1 de marzo de 2018 a través del Procurador D.

tanto a la demanda como a las ampliaciones ala demanda.

SEGUNDO.- En fecha 15 de noviembre de 2019, se dicta diligencia de ordenación convocando a las partes para la audiencia previa, habiéndose celebrado ésta en fecha 13 de enero de 2020. Las partes, tras afirmarse y ratificarse en sus respectivos escritos, fijar los hechos controvertidos, propusieron prueba, siendo admitida la documental, de manera que de conformidad con lo establecido en el artículo 429.8 de la Lec, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador D. Javier Emilio Gómez Gras en nombre y representación de D. _____ y Dña. _____ se interpone demanda contra Caixabank S.A. La Caixa en la que se solicita se declare la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, a los intereses de demora, el relativo a la cuota o vencimiento final, y el relativo a los gastos de formalización de hipoteca, cláusulas estas insertas en el préstamo hipotecario suscrito por los actores con la hoy demandada.

Por su parte, la demandada se allana a la petición relativa a la cláusula de demora, y en relación a las otras cláusulas se opone a lo solicitado por los actores sosteniéndola válida, legalidad y no abusividad de las citadas cláusulas, asegurando que el banco cumplió diligentemente con sus obligaciones de información y documentación, solicitando con ello la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Entrando a conocer sobre el fondo del asunto, son varias las peticiones efectuadas, siendo la primera la relativa a los intereses de demora, cláusula a la que la parte demandada se ha allanado en cuanto a lo pedido por los actores. Los intereses moratorio pactados ascienden al 20,5%.

En consonancia con las SSTJUE en aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, La STS de 9 de mayo de 2013 establece "*Como regla 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 art. 4.1 de la Directiva 93/13 [...] 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*".

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2.013 declara en relación con los intereses de demora la comprobación del tipo de interés moratorio fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Para los nuevos préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, el actual artículo 114 LH ha establecido que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero. El límite de tres veces el interés legal ha sido aplicado a escrituras de préstamos hipotecarios anteriores a la reforma operada en resoluciones como el auto de 15 de mayo de mayo de 2.013 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia. Para todo tipo de contrato que afecte a consumidor, sin perjuicio de tener cuenta las circunstancias concurrentes y las restantes cláusulas contractuales (STJUE 23 de febrero de 2.013) o que exista norma expresa para ese contrato, se ha adoptado como pauta orientativa en Junta de Jueces de Primera Instancia de Valencia entender abusivo los intereses que excedan del triple del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato. Este criterio ha sido también adoptado en la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de septiembre de 2.013.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de junio de 2016, y por lo que a los intereses de demora se refiere señala lo siguiente: "(...) *En aquella sentencia 265/2015, de 22 de abril, llevamos a cabo un enjuiciamiento respecto de una cláusula de intereses de demora en préstamos personales destinados al consumo, y concluimos «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal».* Para llegar a esta conclusión seguimos el siguiente razonamiento: *«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.»* La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la

realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe».

»La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

»La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia».

En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.

Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».

Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.

Habiéndose allanado la demandada a lo solicitado por el demandante, procederá dictar la presente resolución de condena al no apreciarse allanamiento en fraude de ley, o con lesión del interés general o en perjuicio de terceros. Siendo ello enteramente aplicable al supuesto que nos ocupa, siendo el interés de demora pactado al 20,5%, manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en dos puntos, procede considerarlo abusivo, y como consecuencia de declarar nula una cláusula, ha de tenerse esta por no puesta.

TERCERO.- Por lo que respecta a la petición de declaración de abusividad de la cláusula relativa al IRPH con las consecuencias de devolver la cuantía indebidamente cobrada debe manifestarse lo siguiente.

Conviene señalar que el IRPH Entidades, es uno de los índices oficiales y el índice IRPH Cajas lo era hasta que desapareció de forma definitiva de conformidad con lo dispuesto en el D.A. 15^ª de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013. Tal y como describe el informe del Banco de España solicitado, a modo de introducción: "El Banco de España con efectos desde ese mismo día dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices (IRPH Cajas e IRPH Bancos), tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables por el tipo o índice se referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se realizará por el IRPH Entidades".

Antes de esto los dos, y ahora el IRPH Entidades, está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El IRPH Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas

características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Dichos tipos de interés medios ponderados son los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La jurisprudencia, al respecto señala lo siguiente, entre otras la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, de fecha 10 de marzo de 2016: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. 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 (...) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado". Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015 . La primera, señala: "El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba. Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta*

incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben".

La segunda: "No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras".

En el caso de autos, señala la jurisprudencia entre otras la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de 17 de noviembre de 2017 lo siguiente: "La cuestión ha sido tratada por esta sala desde la sentencia de 22 de diciembre de 2016, siguiendo una línea definida antes en sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rollo 1979/2016) y en otras posteriores como la de 18 de enero de 2017 (rollo 2154/16), 28 de abril de 2017 (Rollo 2762/16) o más recientemente de 23 de octubre de 2017 (Rollo 872/17).1.- Sobre la naturaleza de la estipulación. Partiendo de la condición de consumidor del demandante, el hecho de que fuera impuesta por la entidad, " resulta algo evidente en cuanto que es la entidad quién fija el precio o contraprestación de su prestación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (capital, plazo, garantías personales o reales) y las circunstancias personales del prestatario (ratio de solvencia). Como ya hemos visto la obligación de la entidad no consiste en negociar el interés ordinario sino en redactar la cláusula de forma clara y comprensible y en informar al prestatario del interés que se va a aplicar de forma que le sea comprensible ." Sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2016 (Rollo 1586/15).2.- Sobre la posibilidad de manipulación y de influencia de las entidades en la determinación de IRPH. Esta sala ha rechazado esta alegación para sustentar la nulidad de esta estipulación en varias resoluciones, siguiendo lo declarado, entre otras, SAP Zaragoza, Sec. 5 del 10 de febrero de 2016 (ROJ: SAP Z 155/2016) que cita otras anteriores como la sentencia de fecha 18 de febrero de 2015 basadas en un mero riesgo no acreditado ni identificada su intervención por la concreta entidad. En igual sentido y mayores

argumentos la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en sentencias de 16 de marzo de 2015 y de 24 de abril de 2015 .En Sentencia de esta sala de 22 de diciembre de 2016 (Rollo 2128/16) reproduciendo las anteriores resoluciones, señalábamos: " Hemos de recordar que se trata de un índice de referencia legalmente admitido -a la fecha de la constitución del préstamo hipotecario- y controlado por el Banco de España, lo que ya de por sí excluye, en principio, cualquier posibilidad de manipulación salvo prueba de la parte. Es decir, se trata de un índice de referencia totalmente amparado, admitido y regulado en el ordenamiento jurídico." Se rechaza así la alegación sobre la posible manipulación del índice de referencia.3.- Sobre la incorporación de la cláusula a la escritura de préstamo. Este control se supera fácilmente atendiendo a la lectura, con mínima atención, de la escritura.Se ubica en estipulación " BIS.3.- Tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo", dentro de la "C bis) TIPO DE INTERÉS VARIABLE." No la reproducimos de nuevo, consta en Fundamento jurídico segundo, apreciándose una adecuada ubicación y una con redacción clara y comprensible para el lector sobre su existencia y contenido. 4- Sobre el control de transparencia. Se centra la denuncia en la ausencia de información precontractual que determina que se prestara el consentimiento sin conocimiento de las consecuencias económicas reales de la referenciación de los intereses al IRPH de entidades: i) no se había informado sobre la evolución histórica del IRPH en relación con EURIBOR; ii) se desconocía la fórmula de cálculo de esta referencia. En relación con la falta de información acerca del método de cálculo del índice ya hemos dicho: "... resulta intervenida por el Banco de España, sin que sea exigible informar al consumidor de forma precontractual de este requisito, que, además, probablemente no sea de fácil comprensión. De hecho, ni siquiera el índice de referencia que el actor solicita se le aplique (Euribor) se explica en los préstamos hipotecarios cómo se calcula. Los mismos argumentos se pueden aplicar a la impugnación del índice de referencia sustitutivo (IRPH de Entidades de Crédito), que es el vigente actualmente en el préstamo hipotecario ." (Sentencia citada de 22 de diciembre de 2016).Sobre la ausencia de información sobre la alternativa consistente en el índice de referencia EURIBOR, como medio para que el cliente hubiera podido adoptar una decisión con conocimiento completo de todos los elementos económicos. Igualmente hemos insistido en el carácter irrelevante: " Así, fijado por la entidad un índice de referencia, no se le puede imponer que haga simulaciones respecto otros índices, pues ello no aporta mayor información al prestatario a la hora de formar su consentimiento -en todo caso pudo acudir a otra entidad que empleara distinto índice de referencia, aunque entonces pudiera ser que el diferencial fuera bastante superior, recordemos que se fija un diferencial de 0,50%-; en ningún caso un préstamo hipotecario es un producto bancario complejo que requiera test de idoneidad o conocimientos financieros para la comprensión de su funcionamiento;". Por último, no cabe aquí tampoco hacer aplicación automática de la doctrina dada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013 .Este diferente trato es explicado magistralmente, y compartido por esta sala en varias resoluciones, por la sección 15ª de

Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 4 de octubre de 2016(ROJ: SAP B 9206/2016 - ECLI:ES: APB: 2016:9206): " Es cierto que las llamadas cláusulas suelo forman parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuyen a definir el objeto principal del contrato. Sin embargo, no determinan directamente el precio ni tienen ese carácter nuclear que sólo cabe predicar del índice de referencia (en este caso el IRPH de las Cajas) y del diferencial. La cláusula suelo no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y, en consecuencia, puede ser conocida o no por el consumidor en el momento de suscribir el préstamo. Si la cláusula suelo puede no figurar en el contrato, es preciso un plus de información por parte de la entidad de crédito que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio. Lo que antecede es muy relevante en el control de transparencia, que presenta perfiles propios según se trate de una cláusula, como la que analizamos, que fija el precio, de otras, como las que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés, que pueden incidir en el precio, modificándolo, pero que no son indispensables. No se puede hacer una extrapolación, sin más, de los criterios jurisprudenciales en torno a la cláusula suelo fijados a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 . En concreto hemos de prescindir en nuestro análisis de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que este no llegue a comprender su verdadero alcance. Entre ellas podemos citar la ubicación de la cláusula en el contrato, su mayor o menor proximidad a los elementos determinantes del precio, el que se anteponga a la cláusula suelo otros pactos de menor trascendencia o que se enmascare entre multitud de datos y previsiones contractuales. La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del pleito, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude, de algún modo, a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente: En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CCy315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio". Precisamente por ese carácter esencial de la cláusula IRPH, estimamos que el consumidor se percata de su importancia, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. No consideramos, por el contrario, que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores exija que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia. El proceso de elaboración del IRPH de las Cajas, que está bajo la supervisión del Banco de España, no reviste mayor complejidad que el de otros índices de referencia que se utilizan en los préstamos hipotecarios.". (en similares términos la SAP Badajoz, Sec. 2ª, de 30 de

septiembre de 2016 y 16 de noviembre de 2016; SAP Pontevedra, de 3 de junio de 2016 ; San Sebastián, 24/4/2015 ; Zaragoza, 29/4/2015 ; SAP Guadalajara de 16 de julio de 2015 ; SAP Barcelona Sección 15ª de 28 de abril , 4 de octubre y 1 de diciembre de 2016 ; y de la Sección 5ª de la Audiencia de Palma de Mallorca de 20 de septiembre y 1 de diciembre de 2016).

En consecuencia con lo dispuesto por la jurisprudencia, y teniendo en cuenta además el pronunciamiento que recientemente ha efectuado el Tribunal Supremo, procede desestimar dicha petición de nulidad de la cláusula por abusiva.

CUARTO.-En cuanto a la cláusula relativa al vencimiento final, sostiene la jurisprudencia, entre otras la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 4 de marzo de 2019 en un supuesto uy similar al de autoslo siguiente: *"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"*.

Pues bien siendo ello enteramente aplicable al supuesto que nos ocupa, procede 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.

QUINTO.-En cuanto a los gastos de hipoteca, y por lo que respecta a los aranceles notariales, la demandante solicitó que el pago le fuese atribuido a la parte demandada, aunque si bien en el acto de la Audiencia Previa varió su petitum pasando a solicitar únicamente el 50%. Al respecto, dispone la Audiencia Provincial de Alicante, en

sentencia de fecha 4 de marzo de 2019 lo siguiente: "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.

En aplicación de dicho criterio, la entidad demandada deberá restituir a la parte prestataria la cantidad de 271,80 euros.

SEXTO.- En cuanto a los gastos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, sostiene la referida Sentencia de 4 de marzo de 2019 dictada por la Audiencia provincial de Alicante lo siguiente: "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.

Determinada la nulidad de la citada cláusula, la consecuencia que resulta es la supresión o expulsión de la misma del contrato, como si nunca hubiera existido, así como la devolución de lo abonado por la actora por este concepto, ascendiendo dicha cantidad a la suma de 153€.

SÉPTIMO.-En cuanto a los gastos de gestoría, en un primer momento la parte actora solicitaba la restitución del 100%, sin embargo, en el acto de la Audiencia Previa, la parte actora modificó su suplico, pasando a reclamar el 50%. En cuanto a estos gastos, sostiene la Sentencia de 4 de marzo de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante: "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 con lo anterior, la demandada deberá abonar la cantidad de 128,97 euros.

OCTAVO.-Finalmente, en cuanto al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, habiendo desistido de dicha petición en el acto de la Audiencia Previa y no habiéndose opuesto al desistimiento la parte demandada, se le tiene por desistida, no debiendo efectuarse pronunciamiento alguno sobre esta materia.

NOVENO.-En cuanto a las consecuencias de la nulidad, declarada parcialmente nula la cláusula "gastos" inserta en el contrato, así como la relativa a los gastos de demora, debe declararse la expulsión de las citadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en los extremos relativos a los gastos de notaría, registrales y de gestión, e intereses de demora, contrato que no obstante subsiste sin las citadas cláusulas, y en consecuencia procede reponer a los demandantes en la situación en la que debería encontrarse de no haber existido nunca las cláusulas nulas.

Por otra parte, habiéndose abonado tales gastos íntegramente por la parte actora en virtud de la citada cláusula declarada nula en algunos de sus apartados, deberá restituírsele el exceso de lo indebidamente abonado, y en consecuencia condenar a la entidad bancaria demandada a devolver a la parte actora las siguientes cantidades, en los términos anteriormente expuestos, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil: gastos de notaría (271,80euros), gastos de registro (153euros) y gastos de gestoría (128,97euros)

DÉCIMO.-En cuanto a los intereses, a dicha cantidad (913,25 euros) se debe añadir, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1303, 1100 y 1108 CC, 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.

UNDÉCIMO.-En virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de costas, y teniendo en cuenta la estimación parcial de la demanda, no procede efectuar pronunciamiento alguno en materia de costas, de manera que cada parte abonará las ocasionadas a su instancia y las comunes serán satisfechas por mitad.

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

FALLO

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Javier Emilio Gómez Gras en nombre y representación de D. I y Dña. 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 29.09.2006, otorgada por D. I y Dña.

con la entidad CaixaBank S.A. La Caixa bajo la fe notarial de D. José Alberto López Gómez, incluida en la cláusula quinta, en lo relativo a los aranceles notariales, aranceles de registro y gastos de gestoría, así como el pacto segundo en lo relativo a la cuota final. 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 la cláusula relativa al IRPH, 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 553,77 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.

Notifíquese la presente resolución a las partes, así como la misma es susceptible de recurso de apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Alicante.

Líbrese certificación de la presente sentencia para su unión a autos, con incorporación de la original en el Libro de Sentencias.

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

"En relación con los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o

comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)."

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido firmada, leída y publicada por la Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública el día señalado.

Doy fe.