



Roj: **SJPI 8/2025 - ECLI:ES:JPI:2025:8**

Id Cendoj: **20069420082025100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **8**

Fecha: **28/03/2025**

Nº de Recurso: **418/2022**

Nº de Resolución: **997/2025**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EVA CERON RIPOLL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJPI 42/2023,**
AAJPI 50/2023,
PTJUE 355/2024,
SJPI 8/2025

Juzgado de Primera Instancia Nº 8 de Donostia-San Sebastian Donostiako Lehen Auzialdiko 8 zk.ko Epaitegia
Plaza Teresa de Calcuta-Atotxa-Just.Jauregia, 1 1ºPlanta - Donostia - San Sebastián

943-000738 - instancia8.donostia@justizia.eus

NIG: 2006942120220003556

0000418/2022Sección: H-8 Procedimiento Ordinario / Prozedura arrunta

S E N T E N C I A N.º 000997/2025

Magistrado QUE LA DICTA: D./D.ª Eva Cerón Ripoll

Lugar: Donostia - San Sebastián

Fecha: 28 de marzo del 2025

PARTE DEMANDANTE: Gerardo

Abogado/a: D./D.ª JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ

Procurador/a: D./D.ª AINHOA KINTANA MARTINEZ

PARTE DEMANDADA KUTXABANK SA

Abogado/a: D./D.ª IGOR ORTEGA OCHOA

Procurador/a: D./D.ª SANTIAGO TAMES ALONSO

OBJETO DEL JUICIO: Nulidad

Vistos por mí, la Ilma. Sra. Dña. Eva Cerón Ripoll, Magistrada- Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia N.º 8 de Donostia- San Sebastián, los presentes autos de Juicio Ordinario N.º 418/2022, promovidos a instancia de la Procuradora D./D.ª AINHOA KINTANA MARTINEZ actuando en nombre y representación de D. Braulio , bajo la dirección técnica del Letrado D./D.ª JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ, frente a "KUTXABANK, S. A.", representado por el Procurador D./D.ª SANTIAGO TAMES ALONSO, y defendida por el Letrado D./D.ª IGOR ORTEGA OCHOA; y sobre nulidad de condiciones generales de contratación.

Y, en virtud del poder que me confiere la ley y el

ordenamiento jurídico, en nombre del Rey, dicto la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 4 de marzo de 2022, la meritada representación procesal de D. Gerardo presentó, ante este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia- San Sebastián, demanda de juicio ordinario de cuantía indeterminada en reclamación, entre otras, del carácter abusivo de la Cláusula TERCERA.BIS del contrato que, con fecha 11 de septiembre de 2006, éste suscribió con la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIÁN (actualmente y, en adelante, KUTXABANK).
2. El día 28 de marzo de 2022, se dictó Decreto admitiendo a trámite la demanda, y en ella, como Otrosí Primero, la meritada representación procesal de D. Gerardo solicitaba que, con suspensión del presente procedimiento, este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia-San Sebastián elevara cuestión prejudicial ante el TJUE, en relación con una serie de dudas, recogidas en el cuerpo de su demanda, a fin de arrojar luz definitiva sobre una controversia y que, requiere, fijar de manera definitiva los criterios interpretativos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) a seguir de manera uniforme por los jueces nacionales. Añadía la parte demandante que nuestro Tribunal Supremo viene negando sistemáticamente todos los Recursos de Casación que se elevan por parte de los consumidores al entender, tras su interpretación de la Jurisprudencia del TJUE, la desaparición sobrevenida del objeto de litigio, y considerar que, para todos los casos, la controvertida cláusula reputa válida dado el carácter oficial del índice y su publicación en el BOE.
3. El día 5 de octubre de 2022 tuvo lugar la celebración de la Audiencia Previa, y en ella, la representación procesal de D. Gerardo reiteró la solicitud realizada a través del OTROSÍ PRIMERO de su demanda en el sentido de elevar cuestión prejudicial respecto de una serie de contradicciones que, a su juicio, se observaban entre la Jurisprudencia establecida por el TJUE en los asuntos C-125/18, C-655/20 y C- 79/21, y la posterior y definitiva interpretación que de la misma ha realizado nuestro Tribunal Supremo y, la representación procesal de parte demandada, al evacuar el traslado conferido en el acto y requerida, a fin de que, se pronunciara respecto de tal solicitud, manifestó no oponerse a ello, por lo que esta juzgadora aplazó su decisión por un plazo de cinco días, transcurridos los cuales daría a conocer a las partes su decisión.
4. El día 21 de diciembre de 2022, este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia-San Sebastián dictó Providencia por la que, acordando la apertura de Pieza Separada, comunicaba a los litigantes su intención de elevar ante el TJUE, al amparo del artículo 267 del TFUE, de una serie de cuestiones prejudiciales de cuya respuesta dependería, en el presente caso, no solo el sentido de la resolución, sino la pertinencia de los distintos medios probatorios que las partes pudieran solicitar, esbozaba sucintamente las dudas que se planteaba, y daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal a fin de que, en el plazo de diez días, alegaran lo que estimaran conveniente a su derecho.
5. El día 25 de enero de 2023, por la meritada representación procesal de la parte demandada, "KUTXABANK, S. A." se presentó escrito de alegaciones en el que, tras analizar los elementos de hecho y de derecho además de la jurisprudencia aplicable al caso concreto, solicitó, en su suplico, se acordara poner fin a la pieza separada sin necesidad de elevar ninguna cuestión prejudicial ante el TJUE, continuado la tramitación del procedimiento (JO N.º 418/2022) sin más trámites.
6. El día 31 de enero de 2023, por la meritada representación procesal de la parte demandante, D. Gerardo , se presentó escrito de alegaciones en el que, después de analizar, pormenorizadamente, la interpretación que realiza nuestro Tribunal Supremo de la jurisprudencia del TJUE reitera las dudas respecto de si resulta acorde al espíritu y literalidad de misma.
7. El día 8 de febrero de 2023, el Ministerio Fiscal emite su informe en el que, plantea cuestiones que serían conveniente plantear ante el TJUE, otras cuestiones que serían admisibles elevar, además, de formular una nueva pregunta.
8. El día 18 de abril de 2023, por este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia- San Sebastián, se dicta auto acordando, por un lado, la suspensión de la tramitación del curso de los presentes autos; y, por otro lado, elevar cuestión prejudicial consistente en 21 preguntas.
9. El día 27 de abril de 2023, por este Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de Donostia- San Sebastián, se dicta auto de aclaración de auto de fecha 18/04/2023.
- 10.El día 12 de diciembre de 2024, por la Sala Novena del TJUE, se dicta la Sentencia en la cuestión prejudicial C- 300/2023.
- 11.El día 27 de enero de 2025, por este Juzgado, se dicta Providencia acordando alzar la suspensión de la tramitación del curso e los presentes autos y, con carácter previo a dictar sentencia, dar traslado a las partes intervinientes para que, en el plazo común e improrrogable de cinco días, presenten sus respectivos escritos de alegaciones pertinentes a su derecho.



12.En los días 5 y 6 de febrero de 2025, las meritadas representaciones procesales de las partes intervinientes presentan sendos escritos de alegaciones; quedando, seguidamente, los autos pendientes de dictar esta resolución.

13.El día 18 de febrero de 2025 por la meritada representación procesal de la parte demandante se presenta escrito renunciando a la acción con relación a la comisión de apertura y, pendiente de resolver, el día 28/02/2025, por la misma representación procesal se presenta escrito en el que subsana su manifestación en el sentido de desistir del procedo con relación a la comisión de apertura y, así, se le tiene por subsanado por Providencia de 28/02/2025.

14.De dicho desistimiento se ha dado traslado a las partes personadas, mediante Providencia de 28/02/2025, para que, en el plazo de DÍEZ DÍAS, a fin de que alegaran lo que a su derecho conviniera y, por la meritada representación procesal de la parte demandada, al evacuar el traslado conferido, se presenta escrito manifestando su oposición.

15.El día 20/03/2025 se dicta Providencia por la que se tiene por evacuado el traslado a la parte demandada y no habiéndose evacuado por el Ministerio Fiscal; quedan, seguidamente, los autos pendientes de resolver el desistimiento.

16.El día 25 de marzo de 2025 se dicta Auto por el que se desestima la oposición al desistimiento, se sobresee el presente proceso sólo y exclusivamente en lo concerniente a la comisión de apertura pudiendo la parte actora promover nuevo juicio sobre dicha comisión y, debiendo seguir adelante el proceso en materia de la cláusula TERCERA.BIS.

17.En la tramitación del presente procedimiento y de la pieza separada se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes

18.La parte actora ejercita, de forma principal, acción de nulidad de condición general de contratación, en concreto, de la cláusula CUARTA relativa a la comisión de apertura y de la cláusula TERCERA.BIS, referentes a la limitación de la variación del tipo de interés, de la ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y SUBROGACIÓN, suscrita entre las partes el 11 de septiembre de 2006, al considerar que las mismas es nula, por no superar el control de inclusión y transparencia, de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo establecido en Sentencia de 9 de mayo de 2013 y 23 de marzo de 2015, ante la falta de información por la entidad demandada de las características ciertas y reales de dicha cláusula, procediendo a la retroacción de los efectos de la nulidad al momento de la respectiva firma del préstamo, con restitución recíproca de las prestaciones entre las partes, reclamando por tanto la demandante la devolución de las cantidades de más percibidas por la demandada en aplicación de la cláusula cuya nulidad pretende.

19. La cláusula TERCERA.BIS del contrato que nos ocupa, bajo el rótulo Tipo de Interés variable, recoge que el nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS, añadiendo que ... "Se entiende por IRPHCAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y, subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado".

20.Fundamenta el demandante su pretensión en los artículos 3.1, 4.1, 5.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, en la jurisprudencia del TJUE que los interpreta, y en el artículo 8.2 de la Ley de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

21.La parte demandada se opone al defender la validez de la cláusula TERCERA.BIS y de la omisión de apertura, oponiéndose a la nulidad solicitada y reclamando la desestimación de la demanda. Invoca en fundamento de su pretensión las mismas disposiciones citadas en la demanda a sensu contrario.

22.El día 25 de marzo de 2025 se dicta Auto por el que se desestima la oposición al desistimiento, se sobresee el presente proceso sólo y exclusivamente en lo concerniente a la comisión de apertura pudiendo la parte actora promover nuevo juicio sobre dicha comisión y, debiendo seguir adelante el proceso en materia de la cláusula TERCERA.BIS.

SEGUNDO.- Hechos controvertidos

23. Así las cosas, resulta que son cuestiones por resolver en los siguientes fundamentos jurídicos al ser controvertidas entre las partes las siguientes, a saber:
24. Valoración de la cláusula que determina el tipo de interés variable, a los efectos de determinar su validez o nulidad en base al cumplimiento de los requisitos y directrices establecidas en la STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, y ATJUE C-655/20, de 17 de noviembre, ampliadas por STJUE C- 265/22, de 15 de julio de 2023, y confirmadas, completadas e interpretadas por STJUE C- 300/23, de 12 de diciembre de 2024.
25. Consecuencias de la nulidad si procede.
26. Costas procesales.
- TERCERO.- Requisitos y directrices establecidas en la STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, ampliadas por STJUE C- 265/22, de 15 de julio de 2023, y confirmadas, completadas e interpretadas por STJUE C- 300/23, de 12 de diciembre de 2024
27. La reciente STJUE C-300/23, de 12 de diciembre de 2024, deriva de las cuestiones prejudiciales elevadas ante el Tribunal de Justicia por este Juzgado, mediante Auto de remisión de 27 de abril de 2023, y ha de contextualizarse en el marco de un litigio respecto del que ya se han pronunciado reiteradamente tanto nuestro Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia.
28. Efectivamente, como señala la meritada representación de la parte demandada, no resultan de aplicación al caso que nos ocupa, dada la fecha de formalización del contrato en que se insertan las cláusulas cuya abusividad se invoca, las disposiciones de la Directiva 2005/29/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2.005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.
29. Los requisitos que ha de superar la cláusula TERCERA.BIS son:
- 31.a. El control de la Transparencia.
- 301.b. El control de la Buena Fe y de equilibrio de la referida cláusula.
- CUARTO.- Sobre el Control de Transparencia de la cláusula TERCERA.BIS.
30. Resulta reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que los consumidores se encuentran en situación de inferioridad respecto de los profesionales con quienes contratan en cuanto a la información de que disponen y medios con los que hacer valer ante los órganos jurisdiccionales competentes los derechos que les asisten.
31. En este sentido resulta relevante que, en relación con las vicisitudes cotidianas en la contratación inmobiliaria, y, más concretamente, en relación con las cláusulas IRPH, el Abogado General, Sr. MACIEJ SZPUNAR, en las conclusiones primera y segunda de las presentadas el 10 de septiembre de 2019, a propósito del asunto C125/18, entendiera que:
32. "En la actualidad, la adquisición de un bien inmobiliario raramente se lleva a cabo sin recurrir a un préstamo. Pagar las cuotas mensuales de un crédito hipotecario forma parte de las acciones de la vida cotidiana desde tiempos inmemoriales. Para suscribir un préstamo, el consumidor medio dispone, en principio, de diferentes fuentes de información, como los folletos o las guías prácticas elaborados por las entidades bancarias e incluso también por las asociaciones de protección de los consumidores, cuyo objetivo es facilitar información a los potenciales compradores sobre determinados elementos como la capacidad máxima de endeudamiento, los tipos de interés fijo o variable y los índices de referencia. Ahora bien, a menudo, debido al carácter técnico de la información relativa a los préstamos hipotecarios, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés» (fijo o variable), «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos. Lo mismo cabe decir del funcionamiento o del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés. En estas circunstancias, el nivel de información que se exige del profesional es de vital importancia para permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo".
33. En relación con la exigencia de transparencia, el Tribunal de Justicia, en el punto 51 de su anterior STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, establecía que:



34. "Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras".

35. Ello lleva a que esta juzgadora deba valorar si la cláusula TERCERA.BIS objeto de la presente litis, en los términos en los que viene redactada, con la información que contiene, posibilitaba que D. Gerardo estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento del modo de cálculo del índice IRPHCAJAS y de valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras, sin necesidad de realizar actuaciones propias de una investigación jurídica, tal y como exige el Tribunal de Justicia.

36. La cláusula TERCERA.BIS, objeto de la presente litis, en relación con el tipo de interés variable, recoge que el nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS, al que define como "la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y, subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado".

37. Reprocha la parte actora que dicha definición resulta incompleta por cuanto omite su segunda parte, la que concreta que esos tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esas mismas operaciones, una omisión a su juicio relevante por cuanto no solo supone que la cláusula informaba de manera incompleta, sino que, por añadidura, confunde al lector al trasladarle la falsa idea de que el índice IRPH-CAJAS constituía una media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones a plazo superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, otorgados por las Cajas de Ahorro, cuando, realmente, constituía una media de los tipos anuales equivalentes de esas mismas operaciones, una diferencia relevante en términos económicos.

38. Esta juzgadora comparte el reproche, y entiende que difícilmente podría un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, llegar a comprender el funcionamiento del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras, tal y como exige el TJUE, si se le hurta una información tan relevante como que la media que mensualmente elaboraba el Banco de España a fin de determinar el índice hipotecario IRPH-CAJAS era con los tipos anuales equivalentes de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro declarados al Banco de España para esas operaciones, y no con los tipos de interés medios ponderados de dichas operaciones, como recoge la cláusula.

39. A ello ha de añadirse, como igualmente recuerda la parte actora, que la citada cláusula tampoco remite a una dirección fiable en que localizar la definición o el método de cálculo del índice IRPH-CAJAS, ni menciona circular pertinente alguna del Banco de España que ilustre respecto de la definición del índice o de su método de cálculo, ni alude a la advertencia formulada por el Banco de España a las entidades financieras sobre los efectos de aplicar directamente los tipos IRPH en las operaciones hipotecarias, concretamente el efecto de colocar la TAE de dichas operaciones por encima de la TAE del mercado, y la necesidad, a fin de evitar dicho efecto, de aplicar un diferencial negativo cuyo importe deberá guardar relación con las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.

40. A mayor abundamiento, la reciente STJUE C-300/23, en sus puntos 85 y 86, se pronuncia expresamente sobre ciertas omisiones de la concreta cláusula objeto de litigio, alertando sobre el hecho de que ésta no contiene una referencia al Boletín Oficial del Estado ni a la Circular pertinente del Banco de España, lo que supone, a su juicio, la ausencia de una indicación fiable que puede comprometer la accesibilidad de la correspondiente información para un consumidor medio, o sobre el hecho de que la cláusula contendría una definición incompleta del índice IRPH-CAJAS por cuanto solo reproduce la primera parte de la definición oficial, tal y como figura en la Circular 5/1994, del Banco de España, omitiendo una segunda parte que aclara que los tipos medios ponderados serán tipos TAE.

41. Advierte igualmente el Tribunal de Justicia, en los puntos 87 y 88, sobre el hecho de que la cláusula tampoco contiene una referencia a la advertencia hecha por el Banco de España en el preámbulo de su Circular 5/94 a propósito de las características del índice IRPH y la necesidad de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la del mercado, y recuerda que, en relación con esta advertencia, contenida en el preámbulo de la Circular 5/94 del Banco de España, ya el punto 59 de su anterior STJUE C-265/22, de 13 de julio de 2023, había adelantado que esta advertencia constituye un indicio de la utilidad que tiene para el consumidor el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el valor de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la TAE del mercado.

42. A la vista de estos puntos 85, 86, 87 y 88, esta juzgadora entiende, al igual que la parte actora, que si, a juicio del TJUE, la cláusula TERCERA.BIS objeto de este litigio debió recoger una indicación fiable respecto de donde localizar la necesaria información, debió remitir al concreto Boletín Oficial del Estado y a la Circular pertinente del Banco de España, y debió hacer referencia a la advertencia hecha por el Banco de España en el preámbulo de su Circular 5/94 a propósito de las características del índice IRPH y la necesidad de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la del mercado, es porque, a su juicio, tales elementos resultan pertinentes a la hora de realizar el control de transparencia, un control de transparencia que, precisamente por ausencia de esta información, no puede entenderse superado.

43. El TJUE no se pronuncia en el sentido de que las entidades financieras debieran obligatoriamente adicionar un diferencial negativo, pero sí entiende que el preámbulo de la Circular 5/94, del Banco de España, advierte a estas de que la simple utilización de los índices IRPH supone situar la TAE de la operación hipotecaria por encima de la TAE del mercado, y de la necesidad de utilizar un diferencial negativo a fin de evitar dicho efecto, pero siempre como una advertencia de la que debe tener conocimiento el consumidor afectado, al punto de que la parte dispositiva de su anterior STJUE C-265/22, de 13 de julio de 2023 ya establecía que:

44. "Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio".

45. Ahora, en el punto 115 de su nueva STJUE C-300/23, el Tribunal de Justicia recuerda que ya ha reconocido anteriormente la pertinencia, en el caso de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula como la cláusula controvertida, de la información que figura en una circular y que menciona la necesidad, habida cuenta del método de cálculo del índice de referencia, de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE del contrato a la

TAE del mercado, remitiéndose al apartado 67 de la su STJUE C265/22, de 13 de julio de 2023.

46. Afirma la demandada que la STJUE C-300/23, en el apartado 1 de su Parte Dispositiva, ha declarado nuevamente que, en un contrato como el que nos ocupa, en el que el tipo de interés variable se referencia al valor del índice oficial IRPH Cajas, establecido por un acto administrativo que incluye la definición de dicho índice, el requisito de transparencia se cumple:

47. "por el mero hecho de que ese acto y los valores anteriores del correspondiente índice hayan sido publicados en el diario oficial del Estado miembro de que se trate, sin que, en consecuencia, el prestamista esté obligado a informar al consumidor acerca de la definición de ese índice y de su evolución anterior, incluso si, debido a su método de cálculo, tal índice no se corresponde con un tipo de interés remuneratorio, sino con una Tasa Anual Equivalente (TAE)",

48. texto incompleto que, pese a que la demandada omite, continúa señalando:

49. "siempre que, debido a su publicación, esos elementos resulten suficientemente accesibles para un consumidor medio gracias a las indicaciones dadas en tal sentido por este profesional. En ausencia de esas indicaciones, incumbe al profesional ofrecer directamente una definición completa de ese índice y cualquier otra información pertinente, en particular por lo que se refiere a una eventual advertencia hecha por la autoridad que haya establecido dicho índice acerca de sus particularidades y de las consecuencias de este que



puedan considerarse importantes para el consumidor con el fin de evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario que se le propone".

50. En conclusión, esta juzgadora entiende que resulta acreditado que la cláusula no recoge la definición completa del índice IRPH-CAJAS ni su método de cálculo, no remite a una dirección fiable en que localizarlos, y no cita la circular pertinente del Banco de España que ilustre al respecto.

51. Según entiende la demandada, la cláusula no se remitió directa y simplemente al índice oficial IRPH CAJAS, sino que incluyó en la estipulación la definición de este índice recogida en el apartado 3.b) de la Norma Sexta Bis de la Circular 8/1990 del Banco de España.

52. Esta juzgadora, en el Auto, de fecha 13/11/2023, de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya alertaba a éste de que no era cierto que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado, y explicaba que la Circular 8/90, del Banco de España, se publicó en el BOE N.º 226, de 20 de septiembre de 1990, entre las páginas 27.498 y 27.508, y que en ella ni se recoge la definición del índice IRPH-CAJAS, ni se recoge indicación alguna respecto de su fórmula o método de cálculo, pues esta información se incorporó tras la modificación operada por la Circular 5/94, del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito, publicada en el BOE N.º 184, de 3 de agosto de 1994, entre las páginas 25.106 y 25.111, sobre, precisamente, modificación de la Circular 8/90, sobre transparencia de las operaciones y protección de los clientes.

53. Es más, la Circular 8/1990, publicada en el Boletín Oficial del Estado, no contiene ninguna Norma Sexta Bis que recoja la definición del índice IRPH Cajas. En este sentido, la parte actora recuerda, en su escrito de alegaciones, que todas las publicaciones en el Boletín Oficial del Estado de las resoluciones por las que mensualmente el Banco de España actualiza y comunica los diferentes índices de referencia para la adquisición de vivienda se acompañan de un pie de página donde se recoge que la definición y forma de cálculo de todos estos índices se recoge en las Circulares del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, (BOE de 3 de agosto), 7/1999, de 29 de junio, (BOE de 9 de julio); y 1/2000, de 28 de enero, (BOE de 10 febrero) prueba inequívoca de que, también a juicio del Banco de España, la Circular 8/90 no es la indicada a los efectos de localizar la definición y forma de cálculo de los índices IRPH.

54. Quizás por este enredo de Circulares del Banco de España y Boletines Oficiales del Estado es por lo que la STJUE C-300/23 introduce expresiones tales como "dirección fiable", "indicaciones suficientemente precisas y exactas", o "circular pertinente del Banco de España", lo que significa, a juicio de esta juzgadora, que los jueces nacionales han de ser muy rigurosos en la valoración de la información que se ofrece al consumidor, y que no es suficiente con que el profesional cite al Boletín Oficial del Estado, o a la Circular del Banco de España, en genérico, si no concreta qué número de BOE, de qué fecha, qué página, y a que circular del Banco de España se refiere y su localización exacta.

55. En conclusión, habida cuenta de que la STJUE C-300/23, en su punto 94, establece, a modo de conclusión, que los artículos 4.2 y 5.1 de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que el requisito de transparencia relativo a una cláusula que incorpora un índice IRPH se puede entender cumplido por el hecho de la publicación de su definición en el Boletín Oficial del Estado, sin que el profesional venga obligado a informar al consumidor acerca de la misma, siempre que dicha publicación resulte accesible para el consumidor gracias a las indicaciones precisas dadas en tal sentido por dicho profesional, o, en ausencia de estas indicaciones, el profesional haya ofrecido directamente una definición completa de ese índice y una información pertinente respecto de la advertencia realizada por el Banco de España acerca de sus particularidades y de las consecuencias derivadas de tales particularidades, especialmente las consecuencias económicas de la celebración del contrato que se le propone, amén de toda la información que, en virtud de la normativa nacional aplicable en el momento de la celebración del contrato, estaba obligado a proporcionar, es por lo que entiendo que la cláusula TERCERA.BIS objeto del presente litigio no supera el control de transparencia.

QUINTO.- Sobre el Control de Buena Fe y desequilibrio de la cláusula TERCERA.BIS.

56. Reitera el TJUE, en su reciente STJUE C-300/23, que, con arreglo al artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas contractuales se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de buena fe, causen, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y deberes de las partes que se derivan del contrato, que la apreciación de la buena fe del profesional implica comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual; que ello supone que tal negociación ha tenido lugar con pleno conocimiento de causa, es decir, en el supuesto de una cláusula relativa al cálculo de los intereses correspondientes a un contrato de préstamo, estando el consumidor bien informado

acerca de todos los elementos presentes en el método de cálculo del tipo de interés y pudiendo evaluar las consecuencias económicas potencialmente significativas de la cláusula sobre sus obligaciones financieras, y que la transparencia de una cláusula contractual, exigida por el artículo 5 de la Directiva 93/13/ CEE, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva.

57. Pero la declaración del carácter abusivo de la cláusula objeto de litigio exigiría, además de la falta de transparencia, la existencia de un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, para cuya valoración el TJUE, dado que la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula de ese tipo depende, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula, emplaza al juez nacional para comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previstos por esta cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró ese contrato a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

58. No resulta tarea fácil realizar tal comparativa ya que, dependiendo de la fecha de suscripción del contrato, no existen datos oficiales que puedan permitirnos conocer qué tipo de diferencial se acostumbraba a adicionar al índice Euribor en determinadas fechas y para determinadas cantidades, y más cuando el diferencial adicionado al índice de referencia guarda relación con la situación y circunstancias particulares de cada cliente. En estas circunstancias solo cabe realizar, cuando se puede, una aproximación mediante la utilización de datos estadísticos derivados de la utilización de medias.

59. Esta juzgadora, tras haber comprobado la veracidad de la documentación aportada por la parte actora, comparte los razonamientos y los números presentados por ésta en su escrito de alegaciones, razonamientos y números que transcribo y hago míos.

60. Por resolución de 17 de agosto de 2006, publicada en el BOE N.º 202, de 24 de agosto de 2.006, página 31.130, el Banco de España hacía públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, vigentes el 11 de septiembre de 2.006, fecha de suscripción del contrato, resultando que el índice IRPH-CAJAS se situaba en 4,287%, en tanto que el índice Euribor, en ese mismo momento, se situaba en 3,539 %.

61. El Instituto Nacional de Estadística, en su Boletín de 27 de febrero de 2.007, recogía, entre otros datos, que el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorro fue del 3,790%, que el 97,80% de las hipotecas constituidas en 2.006 utilizó un tipo de interés variable, frente al 2,20% que utilizó un tipo fijo, y que el 84% de los préstamos referidos a interés variable lo fueron al índice Euribor.

62. Si el tipo de interés medio cobrado por las Cajas de Ahorro durante el año 2.006, tipo de interés resultante de adicionar un diferencial al índice de referencia utilizado, mayoritariamente Euribor, fue de 3,790%, y si el índice IRPH Cajas, sin diferencial alguno, se situaba en 4,287%, parece razonable entender la existencia de un desequilibrio en perjuicio del consumidor por cuanto el índice IRPH Cajas al que remitía su contrato resultaba superior a lo que cobraron las Cajas de Ahorro por índice de referencia, mayoritariamente Euribor, más diferencial.

63. Por otro lado, según datos del Banco de España, el índice Euribor alcanzó el 2,834% en enero; el 2,914% en febrero; el 3,105% en marzo; el 3,221% en abril; el 3,308% en mayo; el 3,401% en junio; el 3,539% en julio; el 3,615% en agosto; el 3,715% en septiembre; el 3,799% en octubre; el 3,864% en noviembre; y el 3,921% en diciembre; para constituir una media anual de 3,436%.

64. Con esta información parece razonable entender que, si el tipo de interés medio cobrado por las Cajas de Ahorro fue de 3,790%, y si el Euribor medio anual resultó ser 3,436%, el diferencial medio adicionado al índice Euribor durante el año 2.006 fue la diferencia entre 3,790% y 3,436%, es decir, 0,354%.

65. Con estos datos, provenientes del Instituto Nacional de Estadística y del Banco de España, ya se puede realizar una razonable comparativa, a resultados de la cual, el índice IRPH Cajas, en el momento de la contratación, sin diferencial alguno, se situaba en 4,287%, en tanto que una hipotética remisión al índice Euribor, situado en 3,539%, más el diferencial medio que se acostumbraba a incorporar, 0,354%, nos llevaría a situar el tipo de interés remitido al índice Euribor en 3,893%, lo que me lleva a entender la existencia de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.

SEXTO.- Sobre otras particularidades del método de cálculo del índice IRPH-CAJAS que pueden generar desequilibrio en detrimento del consumidor.

66. Cuando el TJUE señala que la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor no depende del propio índice de referencia sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula

habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula, precisa tal criterio "... a salvo de otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia que puedan resultar pertinentes", sin concretar a qué aspectos del método de cálculo del índice de referencia se refiere.

67. En el punto 139 de su STJUE C-300/23, el TJUE alude a la posibilidad de existencia de determinadas particularidades del método de cálculo del tipo de interés contractual, o del propio índice de referencia, que pueden crear un desequilibrio, en detrimento del particular, debido a su impacto sobre la evolución de ese tipo o de ese índice, para, en el punto 140, añadir que también pueden resultar pertinentes otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia, si pueden causar desequilibrio en detrimento del consumidor.

68. La parte actora alude a dos particularidades del método de cálculo del índice de referencia IRPH-CAJAS que, a su juicio, pueden crear un desequilibrio, en detrimento del particular, debido a su impacto sobre la evolución de ese índice.

69. En relación con la existencia de un doble retribución de determinadas prestaciones por parte del profesional, esta juzgadora coincide con la parte actora en el sentido de que este riesgo de doble retribución por parte del profesional constituye una peculiaridad sobre la que ya alertaba el TJUE en su STJUE C265/22, de 13 de julio de 2023, donde establecía la pertinencia de que el juez nacional examinara la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal con el fin de comprobar si existía un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista.

70. Sostiene la parte actora que en el momento de suscripción del contrato resultaba habitual que la TAE de los contratos de préstamo hipotecario incluyeran el interés remuneratorio, la comisión de apertura, y, en no pocas ocasiones, la comprobación registral, los gastos de gestoría y tramitación, los gastos de registro, el impuesto de actos jurídicos documentados, el seguro de daños, y el coste de mantenimiento de la cuenta de pago vinculada al préstamo, lo que suponía que el consumidor contratante que remitía su contrato a un índice como el IRPH-CAJAS abonaba su propio interés remuneratorio, su propia comisión de apertura, su propia comprobación registral, sus propios gastos de gestoría y tramitación, sus propios gastos de registro, su propio impuesto de actos jurídicos documentados, su propio seguro de daños, y su propio coste de mantenimiento de la cuenta de pago vinculada al préstamo, a lo que añadía, en cada revisión de su tipo de interés, como elemento integrado en la TAE de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro con las que el Banco de España actualizaba mensualmente el índice IRPHCAJAS, esos mismos conceptos.

71. Esta juzgadora entiende que no le falta razón a la parte actora, cuando menos en lo que se refiere a la comisión de apertura, pues D. Gerardo pagó su propia comisión de apertura y volvió a pagar, en cada revisión de su tipo de interés, la parte correspondiente a la comisión de apertura incluida en las TAE con las que el Banco de España confeccionó el índice IPRH-CAJAS que se le aplicó tras dichas revisiones, lo que me lleva a concluir que, en esta concreta controversia, derivado del método de cálculo del índice IRPH-CAJAS, cabe apreciar la existencia real y efectiva de ese doble pago que afecta negativamente a la economía del consumidor contratante, una razón más para entender la existencia de ese desequilibrio en perjuicio del consumidor al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE en base a esas peculiaridades del método de cálculo del índice IRPH-CAJAS a las que alude el Tribunal de Justicia.

72. Por otro lado, también recuerda la parte actora que la Resolución de 4 de febrero de 1991, de la Dirección General del Tesoro y Política

Financiera, publicada en el Boletín Oficial del Estado N.º 35, de 9 de febrero de 1.991, página 4.600, recogía, a propósito de los índices que se elaboran por medias simples, que la existencia de un índice de referencia que reflejara adecuadamente los tipos de interés del mercado, respondiendo a características de objetividad y estabilidad, resultaba de interés tanto para las entidades de crédito, que podrían ajustar sus tipos de interés a los tipos que se practicaran en cada momento, como para los prestatarios que, por esta vía, verían evolucionar el coste de sus créditos de manera acorde con las condiciones del mercado, añadiendo que ello resultaba especialmente relevante en el caso de los préstamos con garantía hipotecaria en los que, por ser generalmente de larga duración, resultaba necesario procurar que el índice de referencia utilizado permitiera asegurar que el tipo de interés aplicado en las distintas fases del contrato guardara una proporción con el resto de tipos de mercado similar a la existente al contratarse el préstamo.

73. Sin embargo, también reprocha, y se comparte su criterio, que para el logro de dichos objetivos resultaba necesario que las medias utilizadas fueran medias ponderadas y no medias simples, por lo que el hecho de que el índice IRPH-CAJAS se conformara mensualmente a través de una media simple de los datos remitidos por el conjunto de Cajas de Ahorro, sin tomar en consideración la incidencia de cada una de ellas en el mercado hipotecario nacional, su cuota de mercado, de manera que los datos proporcionados por las Cajas de Ahorro

de mayor peso, que acostumbraban a suscribir tipos de interés competitivos, y los proporcionados por las Cajas de Ahorro que operaban en mercados más reducidos, incluso residuales, que acostumbraban a utilizar tipos de interés mucho más elevados, tenían el mismo impacto en la confección del índice y en su posterior evolución, descarta ese propósito y, en consecuencia, que el índice IRPH-CAJAS reflejara el comportamiento del mercado, o que a lo largo de la vida del préstamo guardara con el resto de tipos del mercado una proporción similar a la existente al contratarse el préstamo.

74. En este sentido, y como prueba de que el índice IRPH-CAJAS ni representaba el tipo de interés del mercado ni guardaba con otros tipos de mercado la proporción existente al contratarse el préstamo, basta ver como en tanto el 11 de septiembre de 2.006, fecha de suscripción del contrato, el índice IRPH-CAJAS se situaba en 4,287% y el índice Euribor en 3,539 %, el 11 de septiembre de 2.013, 7 años después, el índice IRPH-CAJAS se situaba en 3,932% y el índice Euribor en 0,525%

75. La utilización de una media simple, no ponderada, en la confección del índice IRPH-CAJAS, por la que todas las Cajas de Ahorro tenían el mismo peso específico con independencia de su incidencia en el mercado, constituiría una de esas particularidades del método de cálculo del índice de referencia que pueden crear un desequilibrio, en detrimento del particular, debido a su impacto sobre la evolución del mismo, que el juez nacional ha de valorar, en relación con el desequilibrio al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.

76. En conclusión, vista la falta de transparencia de la cláusula TERCERA.BIS, sumada la existencia de un desequilibrio de prestaciones en perjuicio de D. Gerardo, sumada la existencia de una doble retribución del profesional en relación con, por lo menos la comisión de apertura, y sumada a la especial peculiaridad que supone que el índice de referencia de la operación se elaborara a partir de una media simple de los datos remitidos al Banco de España por la totalidad de las Cajas de Ahorro, sin ponderación alguna, es por lo que, procede declarar abusiva la cláusula TERCERA.BIS objeto de litigio.

SÉPTIMO.- Consecuencias de la nulidad por abusiva de la cláusula TERCERA.BIS

77. El TJUE, en los fallos 2º y 3º de su STJUE C-80/21 y C-81/21, que cita expresamente la parte actora, establece las dos únicas posibles consecuencias de la declaración de abusividad de una cláusula contractual, o bien, si el contrato puede subsistir tras la expulsión de la cláusula abusiva, el juez nacional no puede suplir dicha cláusula y sólo puede declarar que el contrato continúe su devenir sin su aplicación, o bien, si el contrato no puede subsistir tras la expulsión de la cláusula abusiva, el juez nacional debe informar al consumidor afectado de las consecuencias que le acarrearía la nulidad radical del contrato y la integración del mismo que le propone, a fin de que sea éste quien decida si opta por la nulidad o por la integración.

78. La parte actora pretende que la nulidad de la cláusula TERCERA.BIS conlleve el resarcimiento de todo cuanto ha supuesto su aplicación y que el contrato continúe su devenir sin más obligación que el pago de las cantidades correspondientes a la amortización de capital, y, para el caso de que el contrato no pudiera subsistir, que se declare la nulidad radical del mismo con las consecuencias que, a tal efecto, ha previsto el Tribunal de Justicia en su STJUE C- 520/21, de 15 de junio de 2023.

79. Por su parte, la parte demandada entiende que, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, STS 564/2020, de 27 de octubre de 2020, el contrato no puede subsistir tras la expulsión de la cláusula que determina el tipo de interés variable por cuanto el tipo de interés constituye un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, pues se trata de la principal prestación a cargo del prestatario, la remuneración por el dinero prestado.

80. Propone que, con el fin de evitar la nulidad del contrato, se aplique el interés sustitutivo recogido en el contrato para el caso de desaparición del índice IRPH Cajas, esto es, Euribor más 1º, o, si no existiera ningún de interés sustitutivo válido, el tipo establecido por defecto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

81. Esta juzgadora entiende que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir tras la expulsión de la cláusula relativa al interés variable y que tal expulsión no convierte el contrato en gratuito, pero tampoco puede abstraerse de la realidad de que, como hace saber la parte demandada, nuestro Tribunal Supremo ya ha establecido la imposibilidad de subsistencia de un contrato de préstamo hipotecario sin cláusula de interés remuneratorio.

82. En consecuencia, esta juzgadora comparte el criterio de la parte demandada en el sentido de que el contrato no puede subsistir tras la expulsión de la cláusula que determina el tipo de interés variable, pero no así en cuanto a las consecuencias que de ello se derivan, pues expulsada la cláusula del contrato no cabe la aplicación del sustitutivo recogido en una cláusula inexistente, tenida por no puesta.

83. Tampoco cabe la aplicación supletoria de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por cuanto tal aplicación supletoria está prevista para el caso de la desaparición pacífica del índice IRPH Cajas y pretende el mantenimiento del equilibrio existente en el momento de la desaparición, situación muy diferente de la que acontece en el presente caso, donde la expulsión de la cláusula obedece a su carácter abusivo y lo que se pretende es el restablecimiento del justo equilibrio, no del equilibrio existente.

84. En relación con las consecuencias de la nulidad del contrato, esta juzgadora comparte el criterio de la parte actora, y entiende que la jurisprudencia que esta cita en su escrito de alegaciones, STJUE C260/18, de 3 de octubre de 2019, STJUE C-19/20, de 29 de abril de

2021, STJUE C-932/19, de 2 de septiembre de 2021, STJUE C80/21 y C-81/21, de 8 de septiembre de 2022, y STJUE C-6/22, de 16 de marzo de 2023, obligan al juez nacional, cuando el contrato no puede subsistir tras la expulsión de una cláusula abusiva, a informar al consumidor de las consecuencias de dicha nulidad radical y dejar que sea este quien elija entre nulidad e integración.

85. En esta línea, y en relación directa con la cláusula relativa al índice IRPH, el TJUE, en su Auto 655/20, de 17 de noviembre de 2021, ya establecía que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.

86. Tal y como sostiene la parte actora en su escrito de alegaciones, la nulidad del contrato, cuando éste no puede subsistir tras la expulsión de una cláusula abusiva, es un derecho del consumidor comunitario que no puede ser cercenado por norma ni jurisprudencia nacional, y así, el Tribunal de Justicia, en su STJUE C-6/22, de 16 de marzo de 2023, establece que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el juez nacional se niegue a declarar la anulación en caso de que el consumidor la haya solicitado expresamente tras haber sido informado de manera objetiva y exhaustiva de las consecuencias jurídicas y de las consecuencias económicas especialmente perjudiciales que esta puede producirle.

87. Resulta relevante, en este sentido, la cita que realiza la parte actora en relación con el Boletín Oficial de la Unión Europea N.º 248, de 27 de septiembre de 2019, publicado por la Comisión Europea, que bajo el rótulo "Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores", y en lo relativo a la nulidad de los contratos en razón de la imposibilidad de subsistencia por expulsión de una cláusula que reviste carácter esencial, recuerda que en los casos en los que la continuación del contrato resulta jurídicamente imposible debido a la eliminación de una cláusula contractual abusiva, y cuando la continuación del contrato pudiera ser contraria a los intereses del consumidor, el Tribunal de Justicia ya ha especificado que los órganos jurisdiccionales nacionales no mantendrán la validez del contrato.

88. En su escrito de alegaciones, la parte actora se decanta por la nulidad del contrato, con las consecuencias que a tal efecto ha establecido la STJUE C-520/21, de 15 de junio de 2023, por lo que esta juzgadora entiende que, en su caso, habrá valorado las consecuencias de tal nulidad y entendido que éstas no resultan contraria a sus intereses.

89. En relación con las concretas consecuencias de la nulidad del contrato en razón de la expulsión de una cláusula abusiva, comparto y transcribo los razonamientos de la parte actora en el sentido de que el TJUE, en su STJUE C-520/21, de 15 de junio de 2023, establece que la compatibilidad con el Derecho de la Unión de normas nacionales que regulen las consecuencias prácticas de la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a la presencia de cláusulas abusivas depende de si tales normas, por un lado, permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no ponen en peligro el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13/CEE, añadiendo que de ello se deduce que, en el contexto de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad debido a que este no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en

él, la Directiva 93/13/CEE no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13/CEE y el principio de proporcionalidad.

90. Por el contrario, el TJUE entiende que conceder a una entidad de crédito el derecho a solicitar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora podría menoscabar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13/CEE, que una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tuviera derecho a reclamar al consumidor una compensación que excediese del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, por tanto, a recibir una remuneración por el uso de ese capital por el consumidor, contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la anulación de dicho contrato, y que la efectividad de la protección que la Directiva 93/13/CEE confiere a los consumidores se pondría en peligro si estos, cuando invocan sus derechos basados en esa Directiva, estuvieran expuestos al riesgo de tener que pagar tal compensación.

91. Defiende el TJUE que este razonamiento no queda desvirtuado por la alegación del profesional, según la cual, de no existir la posibilidad de que los profesionales soliciten una compensación que exceda de la devolución del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato los consumidores obtendrían un préstamo

«gratuito», ni tampoco por la alegación según la cual la estabilidad de los mercados financieros se vería amenazada si no se permitiera a los bancos pedir tal compensación a los consumidores, y ello por cuanto, en primer lugar, de conformidad con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento, y, en segundo lugar, porque el argumento relativo a la estabilidad de los mercados financieros no es pertinente en el marco de la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, cuyo objetivo es proteger a los consumidores, y no es admisible que los profesionales puedan eludir los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13/CEE por razones de preservación de la estabilidad de los mercados financieros, pues, corresponde a las entidades bancarias organizar sus actividades de conformidad con dicha Directiva.

92. En su reciente STJUE C-300/23, el TJUE reproduce estos principios en sus puntos 161, 162, 163, 164, 165 y 166, para concluir estableciendo, en su punto 167, que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir sin una cláusula cuyo carácter abusivo ha sido declarado, se oponen a la aplicación de una disposición de Derecho nacional, como el artículo 1.303 de nuestro Código Civil, en virtud de la cual el profesional tiene derecho a obtener la recuperación de la totalidad de la cantidad prestada, incrementada con intereses calculados al tipo legal a partir de la fecha en que se puso a disposición del consumidor esta cantidad.

93. En conclusión, a la vista de todo cuanto antecede, y entendiendo que la solicitud de nulidad radical del contrato por la parte actora resulta de una reflexión con pleno conocimiento de causa, esta juzgadora entiende que no resulta necesario preguntar a D. Gerardo, si opta por la nulidad radical del contrato o por su integración, por lo que procede declarar la nulidad radical del contrato, y condenar a KUTXABANK al reembolso del importe de las cuotas mensuales y gastos abonados por D. Gerardo en cumplimiento del contrato, incrementado con sus correspondientes intereses, y a D.

Gerardo al reembolso a KUTXABANK del importe del capital recibido en préstamo, sin adición de interés alguno, de manera que, concurriendo los requisitos de la compensación, artículos 1.195 y siguientes del Código Civil y demás concordantes, aquella parte que resulte deudora deberá abonar a la parte que resulte acreedora el importe resultante de la compensación realizada.

OCTAVO.- COSTAS JUDICIALES

94. En materia de costas, el art.394.1 de la LEC, impone las costas de la primera instancia a la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente rechazadas, por lo que, procede la imposición de costas a la parte demandada en el presente procedimiento.

95. Criterio que resulta de aplicación en el presente caso, ya que nos encontramos ante una estimación íntegra de la demanda. Ello es así, en primer lugar, respecto a la estimación de la demanda, en cuanto a la acción de nulidad, que lo ha sido plena y total, sin que quede alterada esta conclusión por las consecuencias económicas derivadas de la declaración de nulidad solicitada, las cuales son intrascendentes a efectos de imposición de costas, ya que la pretensión esencial de la demanda es la declaración de nulidad de la cláusula de la que aquí se trata, no la cantidad que haya de abonarse como consecuencia de tal declaración. Estimada la nulidad, las consecuencias que supone, que se deben adoptar incluso de oficio, no alteran tal estimación íntegra, como indican las SJPI 2 Barakaldo, 27 marzo 2017 y SJPI 1 Bilbao, 29 marzo 2017. Se condene a la entidad prestamista a abonar todo lo que el prestatario tuvo que pagar en aplicación de esta cláusula, una parte, o nada en absoluto, la demanda se habría estimado íntegramente porque la cláusula se anuló por abusiva.

PARTE DISPOSITIVA

96. Que debo ESTIMAR y ESTIMO íntegramente la demanda de juicio ordinario interpuesta por la Procuradora D./D.ª AINHOA KINTANA MARTINEZ actuando en nombre y representación de D. Gerardo, bajo la dirección técnica del Letrado D./D.ª JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ, frente a "KUTXABANK, S. A.", representado por el Procurador D./D.ª SANTIAGO TAMES ALONSO, y defendida por el Letrado D./D.ª IGOR ORTEGA OCHOA; y,

97. DECLARAR y DECLARO la nulidad por abusiva de la cláusula TERCERA.BIS, obrante en la ESCRITURA DE COMPRAVENTA CON SUBROGACIÓN DE HIPOTECA suscrita entre las partes el 11 de septiembre de 2006; debiendo eliminarla y tenerla por no puesta; manteniéndose íntegramente el resto.

98. DECLARAR y DECLARO la imposibilidad de subsistencia del contrato tras la expulsión de su cláusula TERCERA.BIS, y la nulidad radical del mismo, con las consecuencias que, a tal efecto, establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE C-520/21, por ser ésta la voluntad de las partes.

99. CONDENAR y CONDENO a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración.

100. CONDENAR y CONDENO a la parte demandante a reembolsar a la demandada KUTXABANK el capital recibido en préstamo, sin adición de ningún tipo de interés, en tanto que SE CONDENA a la demandada KUTXABANK a reintegrar a D. Gerardo el importe de las cuotas mensuales y gastos abonados hasta ahora por éste en cumplimiento del contrato, incrementado con sus correspondientes intereses. Realizada la compensación entre ambas liquidaciones, aquella parte que resulte deudora deberá abonar a la parte que resulte acreedora el importe resultante de la compensación realizada.

101. Todo ello, con expresa imposición de las costas procesales a la demandada KUTXABANK S.A.

102. Una vez firme la sentencia dirijase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo, artículo 22 de la Ley 22/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

103. Llévase el original al libro de Sentencias y expídase testimonio de la misma para incorporarlo a las actuaciones.

104. MODO DE IMPUGNACIÓN: El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

105. Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 28120000041822, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15.ª de la LOPJ).

106. Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- En el día de la fecha de su firma la anterior sentencia pasa a ser pública, procediéndose seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.