



Roj: **SAP SO 51/2025 - ECLI:ES:APSO:2025:51**

Id Cendoj: **42173370012025100051**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Soria**

Sección: **1**

Fecha: **16/01/2025**

Nº de Recurso: **353/2022**

Nº de Resolución: **47/2025**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL MARIA CARNICERO GIMENEZ DE AZCARATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SORIA

SENTENCIA: 00047/2025

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

Modelo: N10250 SENTENCIA

AGUIRRE, 3

Teléfono:975.21.16.78 **Fax:**975.22.66.02

Correo electrónico:Equipo/usuario: MLG

N.I.G.42173 41 1 2019 0001930

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000353 /2022

Juzgado de procedencia:JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de SORIA

Procedimiento de origen:ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000452 /2019

Recurrente: UNICAJA BANCO SA

Procurador: JULIAN SAN JUAN PEREZ

Abogado: JOSE RAMON MARQUEZ MORENO

Recurrido: Carina , Justo

Procurador: ESPERANZA GALLEGLO LOPEZ, ESPERANZA GALLEGLO LOPEZ

Abogado: ANA ISABEL GARCIA RIOBOÓ, ANA ISABEL GARCIA RIOBOÓ

SENTENCIA CIVIL Nº 47/2025

Tribunal

Magistrados/as:

Dª María Belén Pérez-Flecha Díaz (Presidente)

D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate

Dª María Jesús Sánchez Cano

=====

En Soria, a dieciséis de enero de dos mil veinticinco.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los autos de Procedimiento Ordinario N° 452/19 contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 4 de Soria, siendo partes:

Como apelante y demandado UNICAJA BANCO SA representado/a por el/la Procurador/a Sr/a. San Juan Pérez y asistido/a por el/la Letrado/a Sr/a. Marquez Moreno.

Y como apelado/a y demandante Carina , Justo representado/a por el/la Procurador/a Sr/a. Gallego López y asistido/a por el/la Letrado/a Sr/a. Garcia Rioboo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia en los referidos autos, cuyo fallo, literalmente copiado dice así:

Que DESESTIMANDO la excepción de carencia de objeto y de caducidad planteadas, y ESTIMANDO sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Esperanza Gallego López en nombre y representación de D.ª Carina y D. Justo , contra UNICAJA BANCO, S.A., representado por el Procurador D. Julián Sanjuan Pérez, debo:

1) Declarar y DECLARO LA NULIDAD, respecto de la escritura de préstamo hipotecario de 26 de mayo de 2004 suscrita entre las partes, así como en la posterior novación y pacto privado, de las siguientes cláusulas:

- La relativa al límite de la variación del tipo interés, **cláusula suelo del 3,50%**. Cláusulas financieras, pacto tercero Bis.

- La relativa a los **intereses de demora del 18,00 %**. Cláusulas financieras, pacto sexto.

- La relativa al **vencimiento anticipado**: posibilidad de dar por vencido el crédito y reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses en caso de falta de pago de alguno de los vencimientos de capital, intereses y/o cuotas mixtas u otras obligaciones dinerarias derivadas del presente contrato. Cláusulas financieras, pacto sexto bis, apartado 1º.

- **Documento privado de suspensión de la aplicación de la cláusula suelo**, y aplicación de un tipo fijo del 2,70%.

2) CONDENAR a UNICAJA BANCO, S.A. a estar y pasar por la citada declaración de nulidad absteniéndose de aplicar las cláusulas declaradas nulas durante toda la vida del préstamo.

3) CONDENAR a UNICAJA BANCO, S.A. a abonar y devolver a los actores las siguientes cantidades:

- Las derivadas de la aplicación de la cláusula suelo del 3,50 %, así como las derivadas del documento privado de novación aplicando un tipo fijo del 2,70%, debiéndose proceder al recálculo del préstamo sin aplicación de tipo de interés alguno desde el 13º mes de vigencia del préstamo, con los efectos previstos en la fundamentación jurídica de esta resolución, y devengándose para dichas cantidades el interés legal del dinero desde la fecha de cada abono hasta la de sentencia.

DESESTIMANDO el resto de pretensiones relativas al índice IRPH.

Con imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Dicha sentencia, se recurrió en apelación por la parte demandada, dándose traslado del mismo a las partes, remitiéndose las actuaciones a esta Audiencia Provincial de Soria, donde se formó el Rollo de Apelación Civil N° 353/22, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en segunda instancia y no estimándose necesaria la celebración de vista oral, quedaron los autos conclusos, en virtud de lo preceptuado en el art. 465.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para dictar sentencia.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. Rafael María Carnicero Gimenez de Azcarate.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la sentencia de instancia, excepto en lo que se dirá.

PRIMERO.- Interpone recurso de apelación la representación procesal de la entidad UNICAJA BANCO, S.A., contra la sentencia de 28 de junio de 2022, que estima parcialmente la demanda interpuesta de contrario por Dª. Carina y DON Justo , sobre nulidad de condiciones generales de la contratación y reclamación de cantidad.

El citado escrito de recurso refiere error en la valoración de la prueba, ya que en contra de lo que se alude en la sentencia de instancia, el pacto privado de 30 de octubre de 2015 supera el control de transparencia. Interesando la estimación del recurso al respecto.

Por su parte, los demandantes impetran la declaración de la nulidad de la cláusula IRPH. Sobre este punto, acaba de dictarse Sentencia de 12 de diciembre de 2024 del TJUE, habiendo estado los presentes autos suspendidos por providencia dictada por esta Audiencia Provincial el pasado 28 de noviembre de 2022.

SEGUNDO.- La cuestión a la que se refiere el motivo de recurso de UNICAJA SA ya ha sido examinada anteriormente por esta Sala en sus sentencias de 29 de noviembre de 2017 y 19 y 23 de noviembre de 2018, y 27 de mayo, 3 de junio, 30 de septiembre de 2019 y 27 de enero, 10 de febrero y 8 de junio de 2020, 29 de mayo de 2023 y 28 de noviembre de 2024, entre otras muchas, y lógicamente seguiremos el mismo criterio al resolver el presente recurso, al no existir motivo alguno que justifique una variación de aquél.

Para dar respuesta a este primer motivo debemos tener en cuenta que la Cláusula Tercera Primero de la escritura de préstamo hipotecario objeto del procedimiento, firmado el 26 de mayo de 2004, establece durante un primer periodo, un tipo de interés inicial, y trascurrido tal periodo, el tipo de interés se fijará al inicio de cada sucesivo periodo tomando como referencia el tipo medio de los préstamos hipotecarios, pero continúa diciendo: sin que en ningún caso, el tipo nominal anual resultante pueda ser inferior al 3,50%. Que es lo que se ha venido dominando como "cláusula suelo".

Con posterioridad, el 30 de octubre de 2015, se firma entre las partes un documento por el cual se reduce la cláusula suelo del 3,50% inicial hasta el 2,75%.

De la comparación de ambos documentos, se comprueba que no se ha modificado en su integridad la Cláusula Tercera Primero citada, que establecía un tipo de interés variable, sino únicamente el texto de la llamada "cláusula suelo", de tal manera que, desde la modificación, el suelo pasa al 2,70%, sin obligación alguna del Banco de abonar importe alguno por lo percibido en exceso en virtud de dicha cláusula suelo.

No ha existido una transacción, en la que ambas partes ceden en alguna de sus pretensiones, sino una novación, por modificación a la baja, del suelo de la cláusula antes citada, sin olvidar que en este caso la parte prestataria no ha realizado concesión recíproca alguna, típica de la transacción.

Es cierto que las mas recientes sentencias del Tribunal Supremo (desde las de 5 de noviembre de 2020, del Pleno de la Sala Civil) han establecido, dentro del marco de una transacción, que en los casos en los que la modificación del tipo suelo venia acompañada de la renuncia de acciones, tal renuncia resultaba nula, y respecto de la modificación del tipo, debía ser analizada desde el punto de vista de la transparencia. Y en ellas se recoge que: *"4. La STJUE de 9 de julio de 2020, al responder a la primera cuestión prejudicial, declara que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un contrato de novación entre ese profesional y ese consumidor, mediante el cual este último renuncia a los efectos que pudieran derivarse de la declaración del carácter abusivo de esa cláusula, siempre que la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado por parte del consumidor, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional».*

*En su contestación a la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia concluye que la cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con el fin de modificar una cláusula potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos o de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la misma, **sí no ha sido negociada individualmente, puede, en su caso, ser declarada abusiva.** Con ello admite la posibilidad de que una cláusula potencialmente nula, como la cláusula suelo, pueda ser modificada por las partes con posterioridad, pero si esta modificación no ha sido negociada individualmente, sino que la cláusula ha sido predispuesta por el empresario, en ese caso debería cumplir, entre otras exigencias, con las de transparencia, que desarrolla a continuación en los apartados 40 y ss.*

5. Al analizar estas exigencias, en contestación a la cuestión prejudicial cuarta, el TJUE realiza las siguientes consideraciones:

«51 (...) Debe situarse al correspondiente consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que se derivan para él de tal cláusula (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2019, GT, C-38/17, EU:C:2019:461, apartado 33 y jurisprudencia citada).

»52 No obstante, en el caso de una cláusula que consiste en limitar la fluctuación a la baja de un tipo de interés variable calculado a partir de un índice, resulta evidente que el valor exacto de ese tipo variable no puede fijarse en un contrato de préstamo para toda su duración. Así pues, no cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la

vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional. En particular, la aplicación de un tipo de interés variable conlleva, a lo largo del tiempo, por su propia naturaleza, una fluctuación de los importes de las cuotas futuras, de forma que el profesional no está en condiciones de precisar el impacto exacto de la aplicación de una cláusula «suelo» sobre tales cuotas.

53 No es menos cierto, no obstante, que el Tribunal de Justicia declaró en relación con préstamos hipotecarios de tipo de interés variable que el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo aplicable constituye un elemento especialmente pertinente (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 56).

»54 En efecto, mediante tal información puede situarse al consumidor en condiciones de tomar conciencia, a la luz de las fluctuaciones pasadas, de la eventualidad de que no pueda beneficiarse de tipos inferiores al tipo «suelo» que se le propone.

»55 Por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula «suelo», coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula «suelo» inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula «suelo», debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional -en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto- haya puesto a su disposición todos los datos necesarios.»

Y a la vista de lo anterior, concluye:

«el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés».

Al respecto diremos que, si se ha declarado por la sentencia apelada la nulidad, por abusiva, de la cláusula suelo inicialmente pactada, igualmente se verá afecto de nulidad el nuevo pacto, pues adolece de los mismos defectos de falta de transparencia que la cláusula declarada nula, ya que nos encontramos ante una modificación predispuesta por la entidad bancaria, con la finalidad de alargar la vigencia de una "cláusula suelo", aunque sea reduciendo el tipo de interés. Y ello porque tampoco consta que el Banco hubiera informado al cliente cual era el tipo de interés que se le hubiera aplicado de no existir el citado tipo suelo, ni la previsión del mismo, datos que solo la entidad bancaria podía conocer, siendo notorio que, desde 2016 y durante varios años, el EURIBOR llegó a estar incluso en negativo.

La abusividad de la cláusula suelo pactada en el acuerdo citado determina su nulidad absoluta, y se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico, pues de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea. Se trata de una nulidad absoluta, apreciable incluso de oficio, y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de septiembre de 2017 dice:

"SEGUNDO.- Novación. La novación se produce en 2015, entendiendo la entidad bancaria que ello priva al consumidor a acogerse a la ignorancia y alcance de la cláusula suelo. Numerosas ha sido ya las resoluciones de éste Tribunal que ponen de manifiesto lo contrario: AP Valladolid, Sección 3, 10/01/2017: Entiende el Banco demandado que el filtro o control de transparencia o de comprensividad real de la cláusula, queda evidenciado por la existencia entre las partes una novación por las que se estableció un tipo de interés fijo de 3% hasta el vencimiento del préstamo, novación que se formalizó en un documento privado que no ha sido impugnado de contrario (doc. 1 Contestación). No comparte la Sala la interpretación que el banco demandado hace del dicho pacto privado de novación. **Carece tal pacto de la validez y el valor jurídico que interesadamente le confiere ya que su formalización, a iniciativa del propio banco, no tuvo otra causa y justificación que la propia existencia de la cláusula cuya nulidad aquí ha sido apreciada por falta de transparencia y abusividad.** Esta cláusula y la obligación que comportaba insertas en el escritura pública de préstamo hipotecario, no quedó anulada, ni tampoco convalidada o subsanada por virtud dicho pacto privado ya que este se limitó a modificar a la baja en medio punto (0,50%) el tipo de interés mínimo (suelo) inicialmente fijado por la citada cláusula, rebaja que

fue aceptada por los consumidores prestatarios con el fin lógico y humanamente comprensible, de atenuar en lo posible la carga o gravamen que comportaba la estricta aplicación de la cláusula suelo por parte del Bando demandado. Se trata en suma de un pacto secundario condicionado y derivado de la propia cláusula suelo que subsistía en el préstamo aunque rebajada en medio punto. Como bien recuerda la Sentencia dictada por la AP Asturias de fecha 17 de marzo de 2016 al tratar un supuesto similar, de novación en documento privado del tipo mínimo (suelo), "nuestra Jurisprudencia desde la STS de 10 de noviembre de 1964 admite que es posible la propagación de la ineficacia contractual a otros actos que guarden relación con el negocio declarado inválido,... Doctrina que se mantiene en la actualidad y así cabría citar la sentencia de dicho tribunal de 17 de junio de 2010 cuando señala que si los contratos están causalmente vinculados en virtud del nexo funcional, debe mantenerse que existe una ineficacia en cadena o propagada, de tal modo que la ineficacia del contrato de origen que es presupuesto acarrea la nulidad del contrato dependiente que es la consecuencia suya".

Y la Sentencia de la misma Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de septiembre de 2017, establece:

"REBAJA de la cláusula suelo.- Con fecha 9/02/2010 se rebaja el tipo mínimo de la cláusula suelo, en el presente procedimiento la rebaja de la cláusula suelo se produjo en 29/10/2015. Efectivamente, en 2010 hay un acuerdo entre partes por el que se rebaja de 3,50 al 3 % el tipo de interés mínimo. Es cierto que el acuerdo se refiere únicamente a éste punto. En diversas ocasiones nos hemos referido a la novación en éste tipo de contratos, y el criterio de la Sala ha sido plasmado en diversas sentencias. **Que se haya producido una novación para fijar una cláusula suelo menor nada indica que se hayan dado nuevas explicaciones acerca del alcance de la cláusula suelo.** Responde simplemente a que el Euribor había bajado cerca de un punto y el nuevo mínimo trata de aproximarse tímidamente a esa bajada. En sentencia de ésta Sala de 7 de noviembre de 2006 podemos ver cómo habiéndose producido varias novaciones declarábamos la nulidad de la cláusula. Estamos totalmente de acuerdo con la AP de Zaragoza, Sección 5, 13/12/2016, y la hacemos nuestra cuando dice: Sobre esta declaración también ha de concluirse la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor incluso aunque contenga la renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle. En primer lugar, por la vigencia del principio lo que es nulo -añadimos radicalmente nulo- ningún efecto produce -quod nullum est nullum producit effectum-. De ahí que las novaciones de tal cláusula deben ser consideradas un intento de moderarlas por vía contractual. De otra parte, la libertad contractual en la que se justifica su validez parte precisamente, no de un ámbito ilimitado contractualmente de la misma, sino, precisamente, de la validez de la cláusula que es nula y la percepción del carácter más favorable para el consumidor de la que se sustituye, cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto, con una limitación al tipo de interés inferior a la que se trata de dar efectividad por el banco para paliar los efectos de la condición general de la contratación atacada de nulidad. Incluso desde la propia eficacia del negocio jurídico, la convalidación de una cláusula radicalmente nula por nulidad absoluta, no meramente anulable, no produce efecto alguno - en este sentido, pueden citarse la sentencia de la AP de Ciudad Real (Sección Primera) de 5 de marzo de 2014 y la de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Burgos de fecha 12 de septiembre y 17 de octubre de 2013-. Por último, desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora de nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto.

El consumidor ante una bajada del euro como mal menor acepta una rebaja del mínimo de la cláusula suelo, no porque esté de acuerdo con ello, sino **como mal menor**".

Sentado lo que antecede, procede la confirmación de la sentencia de instancia en este punto.

TERCERO.-En cuanto a las costas de primera instancia, cuya imposición impugna la entidad bancaria, y con independencia de lo que diremos sobre la cláusula IPRH, deben ser impuestas a la parte demandada, tanto por la estimación de la demanda; como por la doctrina contenida en la STC de 23 de septiembre de 2023, que declara aplicable la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular, de sus arts. 6.1 y 7.1, que establecen la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Refiere dicha sentencia del TC que el juzgado de primera instancia no hizo expresa condena en costas por entender que la cuestión presentaba serias dudas de derecho como consecuencia de una jurisprudencia en constante evolución. La demandante interpuso recurso de apelación únicamente contra este pronunciamiento en materia de costas, para interesar que las mismas se impusieran en su totalidad a la entidad bancaria ejecutante y se desestimó el recurso de apelación, resolución contra la que se dirige la demanda de amparo. El Tribunal Constitucional considera de aplicación la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), destacando las SSTJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados CY y CaixaBank, SA; y LG y Banco

Bilbao Vizcaya Argentaria SA; C-224/19 y C-259/19, y de 7 de abril de 2022, asunto *EL, TP y Caixabank, SA*. En estas sentencias se dice que es incompatible con el principio de efectividad de la citada Directiva un régimen que permita que el consumidor cargue con una parte de las costas procesales de un procedimiento en el que se haya estimado la pretensión principal sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la citada directiva, a un control efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales, perspectiva que ha sido asumida por la STC 156/2021, de 6 de septiembre.

CUARTO.-Con relación al índice IRPH, la reciente Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2024, ha establecido que:

1) Los artículos 4, apartado 2, 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 el requisito de transparencia derivado de estas disposiciones se cumple en la celebración de un contrato de préstamo hipotecario por lo que se refiere a la cláusula de ese contrato que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial establecido mediante un acto administrativo, que incluye la definición de dicho índice, 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), 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. En cualquier caso, incumbe al profesional ofrecer al consumidor toda la información que, en virtud de la normativa nacional aplicable en el momento de la celebración del contrato, esté obligado a proporcionar.

2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial, es pertinente el hecho de que esta cláusula se remita directa y simplemente a este índice, aunque de las indicaciones contenidas en el acto administrativo que estableció dicho índice resulte que, debido a las particularidades derivadas de su método de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para ajustar la Tasa Anual Equivalente (TAE) de la operación en cuestión a la TAE del mercado, siempre y cuando el profesional no haya informado al consumidor acerca de tales indicaciones y de que estas no fueran suficientemente accesibles para un consumidor medio.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de Tasas Anuales Equivalentes (TAE) aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, el hecho de que esas TAE incluyan elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente no implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva y, en consecuencia, no pueda hacerse valer frente al consumidor.

4) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la buena fe del profesional no puede presumirse en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia por el mero hecho de que se trate de un índice oficial establecido por una autoridad administrativa y utilizado por las administraciones públicas. La apreciación del eventual carácter abusivo de tal cláusula debe hacerse en función de las circunstancias propias del caso, tomando en consideración, en particular, el incumplimiento del requisito de transparencia y comparando el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

5) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés

variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, es pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses 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 el contrato en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de ese contrato. Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor.

6) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que, en principio, un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable no pueda subsistir sin la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, cuyo carácter abusivo ha sido declarado, y de que la anulación de ese contrato en su conjunto dejara expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, no se oponen a que el juez nacional sustituya esta cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta disposición supletoria tenga un alcance equivalente al de la cláusula que se pretende sustituir. Por el contrario, ese juez no puede modificar esta cláusula añadiéndole un elemento que permita remediar el desequilibrio que genera en detrimento del consumidor.

7) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 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 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.

QUINTO.- Proyectando esta doctrina del TJUE sobre el supuesto sometido a nuestra consideración, comprobamos que en la cláusula que se examina, faltan los elementos de transparencia que exige tal citado Tribunal, pues únicamente refiere: *"El tipo de interés de referencia, a los efectos del presente contrato, es el tipo medio de los PRESTAMOS HIPOTECARIOS, a más de tres años, para adquisición de vivienda libre del conjunto de Entidades de crédito, definido como tipo de referencia oficial por el Banco de España en su circular 5/1994, de 22 de julio, que el mes anterior al inicio de cada periodo de interés se encuentre se encuentre publicado en el Boletín Oficial del Estado por el citado Banco o por el órgano que se establezca en el futuro, o en su caso, el tipo que oficialmente lo sustituya"*.

La carga de la prueba del cumplimiento de las exigencias de información y del efectivo conocimiento por parte del consumidor de las consecuencias de dicha cláusula, así como de la posibilidad de negociación individual de dicha cláusula para la asunción voluntaria y consciente por el consumidor de la misma, corresponde a la entidad de crédito tanto por la expresa previsión legal (art. 8 de la Ley 2/2009) como por el principio de facilidad probatoria del artículo 217.7 LEC. Ello nos lleva a la necesidad de examinar la prueba practicada en este proceso por parte de la entidad de crédito.

En nuestro caso, **el propio notario advierte en la escritura -folio 38 de ésta- que no figura la oferta vinculante,** y en consecuencia -dice el Notario- no puedo practicar las comprobaciones y advertencias previstas en el artículo 7º de la Orden de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las operaciones financieras de los préstamos hipotecarios. Es decir, no consta información alguna sobre las consecuencias de dicha cláusula por la entidad bancaria, por lo que, a la vista de su redacción, el consumidor medio difícilmente podía comprender las consecuencias de dicha estipulación. **No basta con que el IRPH esté en el BOE, sino que el consumidor debería haber recibido esa información antes de la formalización del contrato de préstamo. Por lo tanto, la cláusula del contrato que se examina no cumple los parámetros de transparencia establecidos en la citada Sentencia del TJUE y, en consecuencia, procede declarar su nulidad.**

SEXTO.- La declaración de nulidad de la expresada cláusula conlleva que UNICAJA BANCO deberá proceder a la devolución, además de las cantidades que se especifican en la sentencia de primera instancia, de las cantidades derivadas de la aplicación de la cláusula IRPH desde el 13º mes de vigencia del préstamo.

La desestimación del recurso de UNICAJA BANCO SA conlleva la imposición de las costas de su recurso, art. 398 LEC, con pérdida del depósito.

La estimación de la impugnación formulada por DOÑA Carina y DON Justo conlleva que no hagamos especial pronunciamiento en cuanto a las mismas - art. 398 LEC en su anterior redacción-, con devolución del depósito.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Julián San Juan Pérez, en nombre y representación de UNICAJA BANCO, S.A.; y **estimando la impugnación** formulada por DOÑA Carina y DON Justo, representados por la Procuradora Doña Esperanza Gallego López; contra la sentencia 250/2022 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Soria, el día 28 de junio de 2022 en Procedimiento Ordinario 452/2019; de ese Juzgado, **debemos revocar parcialmente** dicha resolución, en el sentido de declarar, además de la nulidad de las cláusulas que se establecen en la sentencia de primera instancia, **la nulidad de la cláusula financiera tercera bis tipo de interés variable**, relativa a la remuneración del préstamo sujeta a interés variable referenciado al IRPH de Entidades más un diferencial del 0,50% y la perduración de la aplicabilidad al crédito del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular; y consecuentemente, condenamos a UNICAJA SA a la devolución, además de las cantidades que se especifican en la sentencia de primera instancia, a la devolución de las cantidades derivadas de la aplicación del IRPH desde el 13º mes de vigencia del préstamo.

Una vez firme esta resolución, se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal que proceda, de conformidad con lo prevenido en los números 9 y 10 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.