

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA DONOSTIAKO 1 ZKKO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta -C.P./PK: 20012
TEL.: 943 00 07 29
FAX: 943 00 43 86

NIG PV/ IZO EAE: 20.05.2-14/000694
NIG CGPJ /IZO BJKN: 20.069.47.1-2014/0000694

Procedimiento / Prozedura: Proc.ordinario / Prozedura arrunta 65/2014 - H
Materia: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

Demandante / Demandatzailea: XXXXXXXXXXXXXXXX Abogado / Demandado / Demandatua: KUTXABANK Abogado / Abokatu:
/ Abokatu: MAITE ORTIZ PEREZ | Procurador / Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO
Procurador / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ

S E N T E N C I A Nº 344/14

En Donostia / San Sebastián, a veinte de octubre de dos mil catorce

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 65/2014, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de Dª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, mayor de edad, domiciliada en Errenteria (Gipuzkoa), asistida de la letrada Oª MAITE ORTÍZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Bilbao, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido del letrado D. CARLOS LOSADA PEREDA, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO La Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de Dª XXXXXXX XXXXXXX XXX, interpuso demanda frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., alegando que había suscrito con dicha entidad un contrato de préstamo para adquirir una vivienda de protección oficial por importe de 122.567,69 € constituyendo al tiempo garantía hipotecaria, el 3 de octubre de 2007, en el que se pactó la devolución en 35 años, que en los dos primeros años sólo sería de interés, en los siguientes 36 meses al 4,05 %, y después, según la cláusula tercera bis, que disponía que *"la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,0000 puntos porcentuales el IRPH-CAJAS"*. La cláusula añade que *"para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante e incrementar al EURIBOR un margen de 1,000 punto porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación"*.

Dice la demandante que tal interés le fue impuesto al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias cajas de ahorro, que por su fórmula de cálculo al ir desapareciendo cajas se facilita su manipulación, que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado y que la conversión de Kutxa, con quien se suscribe, en la actual Kutxabank influye al haberse convertido el prestamista inicial de Caja a banco.

De ahí que la demanda reclame, apoyándose en los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, su art. 4, diversas sentencias del Tribunal Supremo y TJUE, y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el 3 de octubre de 2007, que reza: "*Los intereses vendrá determinados, por un lado, por la cuantía de la deuda, y por otro, por la evolución del índice de referencia elegido, según la escala siguiente*

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea superior a CIENTO UN MIL CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,100 puntos porcentuales el JRPH-CAJAS

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea igual o inferior a CIENTO UN MIL CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,0000 puntos porcentuales el IRP Ji-CAJAS

Se entiende por IRPH-CAJAS 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 igual o 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.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo.

Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante e incrementar al EURIBOR un margen de 1,000 punto porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación", sea declarada nula y no despliegue ningún efecto, aplicándose el índice sustitutivo que establece el propio texto del contrato de préstamo, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPH Cajas.

Se solicita en todos los casos intereses desde la presentación de la demanda y costas.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida, tras subsanar la omisión de tasa y apoderamiento del Procurador, mediante decreto de 6 de marzo de 2014 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO.- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., que opone litispendencia por haberse resuelto antes alegación de abusividad de cláusulas en procedimiento de ejecución hipotecaria nº 899/2011 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de San Sebastián - Donosti, que la apreció en materia de interés de demora y cláusula de gastos, resolución que está recurrida, y en cuanto al fondo se opone a la demanda, alegando que el IRPH Cajas es uno de los siete índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora.

En la contestación sostiene KUTXABANK S.A. que el índice citado es válido porque se basa, a diferencia de otros índices, en datos reales de préstamos efectivamente concedidos, por lo que entiende infundadas las alegaciones sobre su carácter manipulable. Añade que la razón de que se haya producido su finalización es la desaparición de las Cajas de Ahorros, transformadas en bancos, no a su carácter manipulable, siendo sustituido por el IRPH conjunto de entidades en virtud de la DA 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Además de todo lo anterior sostiene que la Orden Ministerial 2899/2011 dispuso el modo en que los índices iban a ir adaptándose y su plazo transitorio, así como la opinión del Banco de España en su memoria de 2012, una parte de la cual acompaña como documento justificativo de su validez. Cita también la nota informativa del Banco de España de 30 de abril de 2013.

A la vista de todo ello la parte demandada concluye que nada de lo pactado es contrario a derecho ni abusivo, que el citado índice no puede ser objeto de control por tratarse de parte del precio y estar excluido por lo disciplinado en el decimonoveno considerando y art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, lo que por otro lado ha ratificado la STS 18 junio 2012 y 9 mayo 2013, por todo lo cual reclama la desestimación de la demanda.

CUARTO.- En diligencia de 16 de abril de 2014 se tuvo por personados y partes a los demandados y se citó a las partes a audiencia previa, en que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, desestimándose seguidamente la excepción de litispendencia. Además no se impugnaron los documentos presentados por las partes, no se realizan alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, en ambos casos exclusivamente documental, y quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia tras breves alegaciones por una y otra parte a modo de conclusión.

HECHOS

PROBADOS

PRIMERO.- El 3 de octubre de 2006 D^a XXXXXXX XXXXXXX XXXXX suscribe con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, cuya sucesora es KUTXABANK S.A. un contrato de préstamo con garantía personal por importe de 122.557,69 €, a devolver en 360 cuotas mensuales, es decir, 35 años, con el fin de adquirir una vivienda de protección oficial a cuyo fin destina efectivamente tal importe.

SEGUNDO.- En tal contrato se dispuso que durante los dos primeros años no se cobraría capital, en los siguientes 36 meses se remuneraría con interés del 4,05 %, y transcurrido dicho plazo, se aplicaría el IPRH más 0,1 % si la cantidad adeudada en ese momento era superior a 101.150,71 € y del 0,0 % si era igual o inferior.

TERCERO.- La cláusula tercera bis del contrato comienza diciendo: "*Los intereses vendrá determinados, por un lado, por la cuantía de la deuda, y por otro, por la evolución del índice de referencia elegido, según la escala siguiente*

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea superior a CIENTO UN MIL CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,100 puntos porcentuales el IRPH-CAJAS

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea igual o inferior a CIENTO UN Mil CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,0000 puntos porcentuales el IRPH-CAJAS.

Se entiende por IRPH-CAJAS 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 igual o 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.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo".

CUARTO.- La cláusula tercera bis dispone en su octavo párrafo "*Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante e incrementar al EURIBOR un margen de 1,000 punto porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación"*

QUINTO.- Durante la vigencia del contrato se han producido las siguientes diferencias entre el IRPH Cajas y el Euribor. Enero 2011, IRPH 3,144, Euribor 1,550; febrero 2011, IRPH 3,132, Euribor 1,714; marzo 2011, IRPH 3,294, Euribor 1,924; abril 2011, IRPH 3,327, Euribor 2,086; mayo 2011, IRPH 3,471, IRPH 2,147; junio 2011, IRPH 3,559, Euribor 2,144; julio 2011, IRPH 3,624, Euribor 2,183; agosto 2011, IRPH 3,590, Euribor 2,097; septiembre 2011, IRPH 3,694, Euribor 2,067; octubre 2011, IRPH 3,659, Euribor 2,110; noviembre 2011, IRPH 3,747,

Euribor 2,044; diciembre 2011, IRPH 3,739, Euribor 2,004; enero 2012, IRPH 3,793, Euribor 1,837; febrero 2012, IRPH 3,946, Euribor 1,678; marzo 2012, IRPH 3,777, Euribor 1,499; abril 2012, IRPH 3,691, IRPH 1,368; mayo 2012, IRPH 3,697, Euribor 1,266; junio 2012, IRPH 3,605, Euribor 1,219; julio 2012, IRPH 3,504, Euribor 1,061; agosto 2012, IRPH 3,724, Euribor 0,877; septiembre 2012, IRPH 3,573, Euribor 0,740; octubre 2012, IRPH 3,498, Euribor 0,650; noviembre 2012, IRPH 3,336, Euribor 0,588; diciembre 2012, IRPH 3,304, Euribor 0,549; enero 2013, IRPH 3,572, Euribor 0,575; febrero 2013, IRPH 3,595, Euribor 0,594; marzo 2013, IRPH 3,796, Euribor 0,545; abril 2013, IRPH 3,900, Euribor 0,528; mayo 2013, IRPH 3,862, Euribor 0,484; junio 2013, IRPH 3,851, Euribor 0,507; julio 2013, IRPH 3,932, Euribor 0,525; y en agosto 2013, IRPH 3,911, Euribor 0,542.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos probados

El art. 217 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El primero de los hechos que se han declarado probados se desprende del doc. nº 1 de la demanda (folios 40 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El segundo hecho probado aparece en el citado doc. nº 1 de la demanda, cláusula tercera, folios 45 y ss de los autos.

El tercer hecho probado se constata del doc. nº 1 de la contestación a la demanda, cláusula tercera bis, folios 48 y ss de los autos.

El cuarto hecho probado se aprecia en el mencionado doc. nº 1 de la demanda, cláusula tercera bis, folio 50.

El quinto hecho probado ha sido admitido por la demandada que no impugna expresamente el cuadro que con tales datos presenta la actora en el hecho segundo de la demanda, conforme al art. 405.2 LEC.

Lo demás se desprende del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO.- Sobre los términos del litigio

Reiterando lo que se narró en los antecedentes de hecho se precisará que la actora pretende la nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado IRPH Cajas, por considerarlo contrario la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 112007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

La parte demandante califica de abusivo su funcionamiento y cuantificación, que entiende manipulable por la propia parte prestamista, pide que se extraña del contrato por nulo, y en consecuencia, que opere el índice sustitutivo pactado en la propia escritura, es decir, Euribor más uno por ciento, con devolución de las cantidades indebidamente abonadas al aplicar el IRPH, que como demuestra el quinto hecho probado son siempre superiores a las del Euribor, en cuánta que en algunos meses llegan a superar los tres puntos.

Además considera que esta declaración de nulidad supondría la consecuente reintegración de las cantidades indebidamente cobradas al aplicar el IRPH Cajas en lugar del Euribor + 1 %, lo que con carácter principal reclama desde su inicio, o subsidiariamente, desde fecha de publicación de la Orden Ministerial 2899/2011, que organiza la sustitución de dicho índice, desde su entrada en vigor, o desde la finalización del periodo transitorio para verificarlo, todo ello con intereses y costas.

Contra tales argumentos la entidad demandada se opone afirmando que existe litispendencia, y en cuanto al fondo, que no es posible el control pretendido conforme al considerando decimonoveno y art. 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, que impide el control del precio del contrato, y en cualquier caso afirma la validez del índice señalado, su no manipulabilidad, su previsión normativa en el momento en que el contrato fue suscrito, su mantenimiento con la normativa vigente, en particular la DA 5ª.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y el conocimiento de la prestataria del índice que se suscribe por las partes al otorgarse el préstamo con garantía hipotecaria en el que está inserta la cláusula controvertida.

TERCERO.- Sobre la pretendida litispendencia

Aunque ya se ha resuelto oralmente en la audiencia, vistas las conclusiones que en ella vierte la parte demandada conviene precisar las razones de la imposibilidad de que concurra litispendencia. Esta excepción procesal es previa o preventiva de la cosa juzgada, o en palabras de la jurisprudencia, cautelar de la cosa juzgada (STS 9 de marzo de 2000, RJ 2000\1348, 1 de junio de 2005, RJ 2005\6384, 22 de marzo 2006, RJ 2006\2315).

Cuando se define la cosa juzgada el art. 222.1 LEC se dispone que *"La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo"*. Es decir, un efecto propio de las sentencias, para el caso de que el procedimiento posterior tenga un objeto

idéntico, de lo que la jurisprudencia extrae, tradicionalmente, la necesidad de triple identidad (sujetos, cosa del litigio y causa de pedir).

No es posible, por lo tanto, oponer litispendencia, como institución previa o cautelar de la cosa juzgada, respecto de un auto. El procedimiento de ejecución hipotecaria nº 899/2011 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de San Sebastián - Donosti, se resuelve la alegación de abusividad mediante Auto de 20 de diciembre de 2013 aportado como doc. nº 5 de la demanda, folios 86 y ss, porque esa es la forma que tiene tomar la resolución al disponer el inciso final del art. 695.2 LEC que tras la vista consecuencia de la oposición del ejecutado el juzgado "*... acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día*".

Cosa juzgada, o su estadio previo, litispendencia, sólo puede haber entre sentencias, nunca respecto de autos. No es óbice la reciente reforma del art. 695.4 LEC, operada por disposición final tercera del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, reformado como consecuencia de la STJUE 17 julio 2014, caso Sánchez Morcillo C 169/14, pese a que su segundo párrafo diga "*Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*".

Como "*fuera de estos casos*" se refiere al párrafo anterior, es decir, cuando se ha resuelto sobre las causas de oposición, se ha querido ver que esos casos, los que resuelven sobre la admisibilidad, sí producen efectos fuera del procedimiento de ejecución. La literalidad de la redacción no permite hacer esa extensión, puesto que la reforma no afecta al art. 222 LEC. Éste sigue vigente, y la deficiente técnica legislativa, puesto que el precepto surtiría efecto de forma semejante sin la expresión "*fuera de estos casos*", no puede justificar que se dote efecto de cosa juzgada a un auto.

La cuestión tiene relevancia porque en el procedimiento de ejecución hipotecaria el ejecutado sólo puede oponer las causas de oposición que le permite el art. 695.1, incluso tras la inclusión del apartado 4 sobre abusividad introducida por Ley 1/2013, de protección a deudores hipotecarios, tras la STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz C-415/11. Es decir, tiene limitadas las causas de alegación, que no permiten, como es el caso de autos, analizar la posible nulidad de la incorporación de una cláusula por falta de transparencia.

Además de las posibilidades de alegación, el ejecutado tiene también restringidos los medios de prueba en el procedimiento de ejecución hipotecaria, puesto que el art. 695.2 LEC sólo permite en la comparecencia oír a las partes y admitir los documentos que se presenten. El ejecutado en dicho procedimiento, a diferencia del declarativo ulterior en el que se pretende surta efecto la litispendencia o, si hubiera resolución firme, cosa juzgada, no puede pedir el interrogatorio del representante legal del ejecutante para que explique cómo fue el proceso de negociación, ni traer testigos con idéntico fin, ni aportar dictámenes periciales y llamar al perito a juicio para que opine sobre las diferencias de los tipos utilizados (IRPH Cajas, Euribor, etc ...).

Por si fuera poco, hasta la reforma del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, ni siquiera podía recurrir la desestimación de su alegación. Desde entonces ya es posible, pero ese recurso sólo puede ser apelación, puesto que no cabe contra la decisión de la Audiencia Provincial al

resolver el recurso de apelación, que también adopta la forma de auto, interponer recurso de casación conforme al art. 477.2 LEC, sólo admisible frente a sentencias.

Cabe objetar, por ello, que pueda predicarse litispendencia o cosa juzgada de lo resuelto en ejecución hipotecaria mediante auto, con limitación de alegaciones, medios de prueba y recursos, en el declarativo posterior en el que el ejecutado, esta vez como demandante, pretende con libertad plena de alegar, con toda la amplitud de proposición de prueba y con posibilidad de accesos a los recursos, obtener la declaración de nulidad de una cláusula del contrato.

En definitiva, lo que la parte demandada pretende es que se construya una interpretación judicial favorable a la litispendencia o cosa juzgada que contraríe los términos expresos del art. 222 LEC, que sólo predica esos efectos de sentencia y no de autos, que limite las facultades de alegación, prueba y recursos que caracterizan el art. 24 CE, y que todo ello se haga restringiendo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los consumidores que traten de utilizar la vía del declarativo, pretensión que por todo lo expuesto no puede ser acogida.

CUARTO.- Sobre la desaparición del índice IRPH Cajas y sus consecuencias

Respecto a las demás alegaciones se recordará lo que se dijo en la sentencia de este mismo juzgado recientemente. En efecto, en SJM nº 1 de Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, se indicó que *"Hay que empezar constatando que, como se expresa en el quinto hecho probado y ha sido admitido por las partes, de entre los índices oficiales para determinar la remuneración de préstamos, el designado en el préstamo de autos, IRPH Cajas, ha tenido un discurrir muy diferente al más frecuente, EURJBOR. Este último ha mantenido una tendencia decreciente en los últimos años, manteniéndose en niveles modestos. El IRPH Cajas, por el contrario, ha discurrido por niveles muy superiores, llegando a superar tres puntos de diferencia con el Euribor.*

Obvio es, por lo tanto, que para el prestatario el IRPH Cajas se ha demostrado, en la práctica, más perjudicial que el Euribor. Tal constatación es una de explicaciones de esta demanda. Pero no la única, puesto que hay una clarísima previsión contractual, el párrafo cuarto de la cláusula tercera bis, que dispone que si desaparece el índice pactado, IRPH Cajas, le sustituirá -por voluntad de las partes-, el tipo Euribor más un punto porcentual. Es decir, que en ejercicio de su libertad contractual, proclamada por el art. 1255 Código Civil (CCv), las partes dispusieron qué sucedería en caso de que el tipo acordado desapareciera.

En la actualidad el IRPH Cajas ha desaparecido como índice oficial. Luego debiera operar la previsión contractual. Sin embargo la entidad demandada no ha atendido las previsiones contractuales, porque ha seguido girando los importes del préstamo de autos aplicando un interés que ha desaparecido, con la excusa de que hay normas que disponen su sustitución por otros tipos diversos.

Efectivamente la Orden EHA/28991/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) supone, parafraseando el texto de la memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012, ... el inicio del proceso de modificación de los índices de referencia de los mercados a escala europea y nacional por la necesidad, en primer lugar, de adaptarlos a la mayor integración de los mercados nacional y

europeo, y por otro, con el fin de incrementar las alternativas de elección de tipo, ajustándolas al coste real. El nuevo art. 27 de tal orden enumera los nuevos tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas.

La DT Única.1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España ha continuado publicando mensualmente en su sede electrónica el JRPB Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 81/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Incluso ha publicado una nota informativa el 30 de abril de 2013 (doc. nº 3 de la contestación, reverso folio 81), en el que explica que <<... dichos índices, mientras sigan publicándose, continúan siendo índices válidos para los créditos o préstamos hipotecarios a tipo de interés variable que a la entrada en vigor de la Orden los tuvieran como índice de referencia>>, dando a entender que mientras que no se establezca régimen de transición los tipos siguen siendo aplicables.

Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEJ), ha dispuesto que <<Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros. e) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros. 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato>>.

De ahí que sea comprensible que se pretenda la aplicación de lo pactado, reduciendo el tipo de interés, porque la bajada es considerable, pues en agosto de 2013 fue de tres puntos y medio, según lo declarado en el quinto hecho probado, lo que supondría para ese mes una disminución de 2,5 puntos. El Capítulo II del Título III de la OM 2899/2011 el 29 octubre 2011 entra en vigor a los nueve meses de su publicación según su DF 5ª-2, porque no lo hace a los seis meses, como defiende el demandante, ya que a esta materia no se aplica la DF 5ª 1 que opera "sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente", es decir, al citado Capítulo II del Título III que disciplina esta materia. Entra en vigor, por lo tanto, el 29 de julio de 2012.

En un año desde entonces, el IRPH deja de ser tipo de interés oficial según su art. 27. Añade la DT Única.] de la orden que <<La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados>>, que el Banco de España entiende en el sentido de que se mantiene si no se adopta tal régimen. Cumplido ese plazo no se dictó el <<régimen de transición>>, que demora hasta septiembre de 2013 (con la DA 15ª Ley 14/2013).

En tal tesitura, y con respeto a las facultades administrativas, no se comparte la interpretación jurídica del Banco de España. Al contrario, este conjunto normativo debe ser interpretado atendiendo a lo ordenado, de modo reiterado, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha dicho, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que <<el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas>> (STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240198 a C-244198, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168105).

La desaparición ha operado, porque lo único que disponen las normas señaladas es que el Banco de España continuará publicando los índices, no que estos se mantengan. No perduran porque el legislador no cumple sus propios plazos, aunque de modo transitorio, como señalaba la Orden citada, el Banco de España mantenga su publicación. El retraso del legislador en cumplir sus propios plazos no puede traer como consecuencia que los consumidores se vean notablemente perjudicados en el índice a aplicar, máxime cuando se incumple una norma, la citada OM 289912911 que autoproclama en su introducción que <<La presente orden viene, por tanto, en uso y cumplimiento de la anterior habilitación a cumplir un triple objetivo. De un lado, concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejore por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. En segundo lugar, la norma trata de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar donde resultaba imprescindible, las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito ... >>. Si se pretende proteger al cliente bancario, la hermenéutica de la orden debe ser que desaparece tras el periodo transitorio de un año desde su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación. Desde entonces, el IRPH Cajas deja de surtir efecto.

En definitiva, cuando menos desde el 29 de julio de 2013, fecha en que cesa la consideración del IRPH Cajas como índice oficial, el contrato de autos tendría que estar siendo remunerado con el índice Euribor + 1 %, porque así lo pactaron las partes. En octubre de 2013, constatado que el índice que se aplica, que ha desaparecido por disposición legal, y que suponía por entonces que la entidad prestamista reciba aproximadamente 3,5 puntos por encima, se presenta la demanda ...

En definitiva, antes de entrar siquiera al fondo del litigio debe señalar que la demanda debe ser estimada... puesto que pese a lo que opone la parte demandada, las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellas conforme al principio pacta sunt servanda que proclaman los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CCv y la jurisprudencia recogida, entre otras muchas, por las STS 6 mayo 2013, rec. 22312011, 2 febrero 2014, rec. 40612013".

Todas las expuestas consideraciones, que se reiteran en otras sentencias de este mismo Juzgado, son aplicables al caso de autos.

QUINTO.- De la posibilidad de control del interés adoptado

Niega también Kutxabank S.A. que sea posible el control judicial del índice cuestionado por considerar que es parte del precio. También se dijo en la citada SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, sobre este particular, que: *"Se esgrime al respecto tanto la STS J8junio 2012, rec. 4612010, como la STS 9 mayo 2013, rec. 48512012, muy conocida por haber declarado la nulidad de algunas "cláusulas suelo" de varias entidades bancarias por falta de transparencia, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Entiende la parte demandada que los demandantes lo que buscan es modificar el precio del contrato, puesto que a su entender, el interés que se abona por el préstamo es su precio.*

Efectivamente el considerando duodécimo de la Directiva 93/13 dice <<Considerado no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales, sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la ... Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva>>.

Y el considerando decimonoveno dice: <<Considerando que, a los efectos de la ... Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio... >>.

En correspondencia con tales considerandos el art. 4.2 de la Directiva 93/13 dice <<La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible>>.

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que <<... es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva>>. Sobre este particular ha dicho la STJUE 3 junio 2010, C-484108, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó el art. 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva << ... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva>>. Y el § 32 dice: <<Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación

de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible>>.

Tras ese razonamiento la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (§ 35): <<De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2>>. Y en el apartado 1 del fallo <<Los artículos 4, apartado 2, y 8 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 no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible>>.

Muy recientemente en las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso Árpád Kásler, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que <<... resulta sorprendente que la Directiva 93/13, cuyo principal objetivo es proteger al consumidor, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición>>. Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice <<El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13>>.

A lo allí indicado cabe añadir ahora que tras las conclusiones del Abogado General, la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, caso Árpád Kásler, entiende que la exclusión que pretende la parte demandada debe ser objeto de una "interpretación estricta" (§ 42), por lo que "las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan" (§ 49). En particular el § 50 afirma que "las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13", correspondiendo según § 51 al juez nacional apreciar si la cláusula constituye un componente esencial.

De ahí que el TJUE admita que las cláusulas del art. 4.2 de la Directiva pueden ser analizadas por los tribunales del Reino de España debido a la exclusión que nuestro legislador ha dispuesto al efecto, lo que además mantiene nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la SIS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores,

expresa en su FJ 3º: *"La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las "fórmulas de redondeo al alza de la fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 2611984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 C-484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativa a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". En el mismo sentido, la SIS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio"".*

Para concluir habrá que afirmar que los tribunales no están, efectivamente, para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca. Pero otra diferente es constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, o el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidos, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los consumidores, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Como se indicó en la citada SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, " ... cuando el art. 4.2 de la Directiva habla de la <<definición del objeto principal del contrato>> debe entenderse se refiere a aquéllos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece <<no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado>>. Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, discrepándose de la cita doctrinal que realiza la parte demandada, que entiende que interés es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el <<objeto principal del contrato>> pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Cajas, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, <<otro tanto de la misma especie y calidad>>, que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013, rec. 48512012, que esgrime Kutxabank S.A. lo entiende así en su § 188 cuando explica: <<En este contexto, la literalidad de Directiva 93/113/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio">>. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

De ahí que no se aprecie impedimento para conocer de la pretensión del actor aunque afecte al tipo de interés.

SEXTO.- Sobre la nulidad del índice IRPH Cajas

Finalmente sobre la cuestión de fondo ya ha dicho, en varias ocasiones, este mismo juzgado, lo que recoge la tantas veces citada SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, es decir: "Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Cajas en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La demandante considera que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una de las partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

Como son varias las razones que se esgrimen se analizarán separadamente. La mayor insistencia de la parte a clara se centra en lo manipulable del IRPH Cajas, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. Se acogerá la alegación de la parte demandada que en el hecho segundo de su contestación explica que <<... para la elaboración del IRPH Cajas no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo...>>. Esto supone que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan las cajas respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone <<La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes>>. No tiene porqué haber ocurrido, pero si todas las Cajas se pusieran de acuerdo para elevar el importe del interés que ofrecen a sus clientes, el IRPH Cajas habría subido. En el reciente proceso de concentración de estas entidades han ido desapareciendo muchas de ellas, con lo que tal posibilidad (de la que no hay constancia en autos), se habría incrementado para las que subsistieron. En definitiva, algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", lo que resulta indudable es que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv. Al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Aplicada esa doctrina a la falta de transparencia que se alega, hay que constatar que no se respetan las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 3 de octubre de 2006, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, para el caso de que no superen 150.000 € denominados en pesetas. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Cajas como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden.

La citada orden dispone en su art. 6.2 que *"en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades"*. Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/I994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

Se dijo en la SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, que *"La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se*

determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y el art. 2 de la Ley 212009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 394812000, JO octubre 2008, rec. 570712000, 19 noviembre 2008, rec. 170912003, 9 diciembre de 2009, rec. 40712006, 22 diciembre 2009, rec. 40712006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011, rec. 50412008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011).

Además los demandantes ostentan la condición de consumidores, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Están amparados, en consecuencia, por las previsiones del RDL 112007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), ya vigente al suscribirse el contrato el 13 de diciembre de ese año 2007, cuyo art. 3 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada.

El art. 8 de tal norma establecía en la redacción que existía al momento de suscribirse, que era derecho básico de los consumidores y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 18 TRLGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmar.se el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor. A su vez el art. 60.1 decía que <<Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo>>.

En la presenta demanda se aprecia que no se atendieron esas prescripciones legales, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, veinticinco años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LCGC "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Cajas sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada, que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en la forma que reclama la parte demandante.

SÉPTIMO.- Sobre las consecuencias de la **nulidad**

Finalmente hay que responder a la pretensión de restitución que contiene la solicitud de la demanda. El art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Cajas, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el índice Euribor más un punto porcentual contenida en el párrafo cuarto de la estipulación tercera bis. Aunque la previsión contractual lo es para el caso de "desaparición" del índice señalado, puede considerarse equivalente su desaparición a la declaración de nulidad que se ha hecho conforme a lo dispuesto en el anterior ordinal.

Por lo tanto desde que opera la previsión contractual de aplicación del IRPH Cajas, habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio.

Además es consecuencia de la declaración de nulidad que, en lo sucesivo no podrá seguirse aplicando el índice declarado nulo, debiendo el banco demandado aplicar el índice supletorio Euribor + 1 %, como dispone la propia cláusula tercera bis del contrato controvertido para el caso de desaparición del mencionado índice.

OCTAVO.- Sobre los intereses

Al importe obtenido conforme las anteriores bases le serán de aplicación los arts. 1100, 1108 y 1303 CCv es procedente no sólo la restitución de lo indebidamente cobrado, sino el abono de su interés, por lo que la cantidad a devolver se verá incrementada en su interés legal desde tal fecha, el 22 de enero de 2014. El total que resulte de sumar el principal que ha de reintegrarse y el interés anterior, devengará, a su vez, interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el art 576.1 LEC.

NOVENO.- Costas

Conforme al art. 394.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), las costas se imponen a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey pronuncio el siguiente

FALLO

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a AINHOA KINT ANA, en nombre y representación de D^a XXXXXX XXXXXXXX xxxxx frente a KUTXABANK S.A.

2.- DECLARAR la nulidad de la parte de cláusula tercera bis firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 3 de octubre de 2006, que dice:

"Los intereses vendrá determinados, por un lado, por la cuantía de la deuda, y por otro, por la evolución del índice de referencia elegido, según la escala siguiente

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea superior a CIENTO UN MIL CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,100 puntos porcentuales el IRPH-CAJAS

Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea igual o inferior a CIENTO UN MIL CIENTO CINCUENTA EUROS Y SETENTA Y UN CÉNTIMOS (€ 101.150,71), la parte prestataria deberá pagar interés a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de 0,0000 puntos porcentuales el IRPH-CAJAS.

Se entiende por IRPH-CAJAS 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 igual o 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.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo".

3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor +1% que éstos han abonado desde enero de 2012 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1%.

4.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de las cantidades reintegradas conforme el anterior apartado desde el 22 de enero de 2014 hasta hoy.

5.- **CONDENAR** a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal elevado en dos puntos desde esta fecha hasta la completa satisfacción de los actores de la cantidad que resulte de sumar los anteriores apartados 3 y 4.

6.- **CONDENAR** a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455.1 LEC). 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).

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 grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, 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 15ª de la LOPJ).

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.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SSª en audiencia de hoy. Doy fe.

