

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA



TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012

Procedimiento: Proc. ordinario VVV/2014 - H Materia: CONTRATOS BANCARIOS

Demandante xxxxxxxx

Abogado/a MAITE ORTIZ PEREZ

Procurador/a AINHOA KINTANA MARTINEZ

Demandado: CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE GUIPUZCOA
Y SAN SEBASTIAN -GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA

Abogado/a

Procurador SANTIAGO TAMES ALONSO

SENTENCIA Nº 103/15

JUEZ QUE LA DICTA: Dª ITZIAR OTEGUI JÁUREGUI

Lugar: DONOSTIA- SAN SEBASTIÁN

Fecha: siete de abril de dos mil quince

Dña. Itziar Otegui Jáuregui, Jueza sustituta en funciones de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos de juicio ordinario registrados con el número 744/2014, promovidos por Dña. XXXX XXXX XXXX, representada por la Procuradora de los Tribunales. Dña. Ainhoa Kintana Martinez y asistida por la letrada Dña. Maite Ortiz Pérez contra KUTXABANK, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Santiago Tamés Alonso y asistida por el letrado D. Igor Ortega Ochoa sobre nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra la demandada. Alegó, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia por la que se declarara la nulidad del inciso de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito con KUTXABANK

referido al tipo de interés IRPH CAJAS, la sustitución del mismo según lo previsto en el contrato y la condena de la demandada a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la aplicación del índice IRPH CAJAS desde octubre de 2010 y al pago de las costas procesales.

Los hechos alegados en la demanda son, sucintamente, los siguientes:

La demandante expone que el 14 de agosto de 2007 suscribió un contrato de préstamo hipotecario para la compra de la vivienda habitual con Kutxabank por importe de 125.000 euros y plazo de devolución de 30 años. Las partes pactaron que hasta el 5 de septiembre de 2007 y durante los primeros 36 meses, la operación se contratara al 4,950% del interés nominal anual y a partir de dicho plazo y hasta su amortización, según el interés variable establecido en la cláusula tercera bis del contrato, en el que se decía que sería el resultante de aplicar el índice IRPH CAJAS.

Defiende que dicho tipo de interés fue impuesto por la caja, que no se le explicó la forma en la que se calculaba ni de la participación de Kutxabank en ello; de lo que deduce que se trata de una condición general de la contratación que no cumple con la debida transparencia. Sostiene además que el Índice contraviene normas imperativas y que, a la vista de la incidencia de las cajas en su cálculo, resulta abusivo al generar un desequilibrio entre las partes y un claro perjuicio para su posición.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite mediante decreto de 29 de octubre de 2014 y se dio traslado de ella a la parte demandada para que compareciese y contestase a la misma, lo que hizo en el sentido de oponerse.

En la contestación expuso en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia por la que se desestimaran íntegramente las pretensiones de la parte actora con expresa condena en costas.

Su contenido se sintetiza a continuación:

Kutxabank alega que el tipo de interés, junto con otras de las condiciones del contrato suscrito con la Sra. Xxxx xxxxx xx, fue negociado y pactado entre las partes. Las condiciones fueron reflejadas en la oferta vinculante que Kutxabank entregó a la actora junto con el borrador de la escritura, por lo que defiende que la cláusula referida al interés variable no tiene la consideración de condición general de la contratación.

Sostiene que la demandante conocía lo que reflejaba el índice IRPH CAJAS, que este Índice tiene en cuenta el valor de las operaciones formalizadas por las cajas de ahorros, entre ellas Kutxa, sin que ello permita su manipulación. Explica que es uno de los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la norma sexta bis de la Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y que el hecho de que haya sido suprimido trae causa de la reestructuración del sistema financiero en España. Argumenta que incluso en el apartado 3 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, el legislador ha

establecido un índice análogo como tipo de interés sustitutivo. Añade que el hecho de ser un Índice regulado y que determina el precio del préstamo excluye la posibilidad de su control.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio el día 13 de marzo de 2015 comparecieron todas a la misma. No se alcanzó acuerdo entre ellas y la audiencia prosiguió para el resto de sus finalidades, de manera que no fueron incorporadas alegaciones complementarias ni hechos nuevos ni se impugnó ninguno de los documentos adjuntados a sus respectivos escritos. Una vez fijados los hechos controvertidos, se admitió como prueba la unión definitiva a los autos de los documentos acompañados a la demanda y a la contestación, por lo que los autos quedaron conclusos para sentencia sin necesidad de celebración de juicio.

CUARTO.- La tramitación de los autos ha seguido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del pleito.

El presente juicio ordinario versa sobre la demanda interpuesta por Dña xxxxx xxxxxx xxx contra Kutxabank, S.A. en el ejercicio de una acción de nulidad de la cláusula financiera tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en el que se recoge como índice de referencia para el cálculo del tipo de interés variable a partir del tercer año el IRPH-CAJAS.

La acción se fundamenta en el artículo 8 de la Ley 711998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y se invoca también la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) a la que aquella se remite (ha de tenerse en cuenta que al tiempo de celebrar el contrato no estaba vigente y aún regía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LGDCU) y de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (D 93/13/CEE). La nulidad se sustenta en las alegaciones de falta de transparencia, infracción de normas imperativas y abusividad recogidas en el resumen de su demanda. Solicita además que la declaración de nulidad, comporte la necesidad de integrar el contrato con el índice que entiende fue pactado entre las partes (EURIBOR más 1 punto) y que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código Civil (CC) se condene a la demandada a la devolución de los importes cobrados a consecuencia de la aplicación de la cláusula.

La oposición de Kutxabank se refiere tanto a la consideración de condición general de la contratación de la cláusula como a su validez. Considera que el índice IRPH CAJAS es un índice oficial, objetivo y válido y la cláusula en la que se fijó este como referencia fue incorporada correctamente y cumple con los requisitos de transparencia, al haber sido la demandante informada de sus características. Niega también cualquier tipo de influencia en la elaboración del índice y entiende que no existe abusividad, dado que la entidad actuó de buena fe, sin que el pacto para el uso del IRPH como referencia pueda ser considerado abusivo por la diferente evolución que ha tenido respecto del EURIBOR. Sostiene además, la imposibilidad de su control.

Así, el objeto de la controversia queda circunscrito a decidir:

- 1- Si la cláusula tres bis del contrato es o no una condición general de la contratación.
- 2- De serlo, determinar si es posible su control.
- 3- En caso de ser posible, resolver sobre su validez.
- 4- Si se declarara su nulidad, restaría establecer sus consecuencias.

SEGUNDO.- Carácter de condición general de la contratación.

La LCGC define las condiciones generales de la contratación en el primer apartado de su artículo 1 como las "cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

De este precepto se extraen los requisitos de las condiciones generales de la contratación, que tal y como fueron expuestos en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), núm. 241/2013, de 9 de mayo, serían:

- La contractualidad: han de ser cláusulas contractuales y no la inserción de una norma imperativa.
- La predisposición: tratarse de una cláusula prerredactada, con independencia de su autoría, y no el resultado del pacto alcanzado entre las partes.
- La imposición: la cláusula ha de ser impuesta a la otra parte, de manera que no pueda sino aceptarla para celebrar el contrato.
- La generalidad: han de ser redactadas con vocación de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Las partes en el presente procedimiento discrepan sobre si la cláusula tercera bis, cláusula contractual incorporada al préstamo con garantía hipotecaria que firmaron el 14

de agosto de 2007 (documento 1 de la demanda) es o no una condición general de la contratación. La cláusula es del tenor siguiente:

"CLÁUSULA TERCERA BIS. Tipo de interés variable.

El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, 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 períodos 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".

Del texto se deduce que nos hallamos ante una cláusula contractual y de su terminología, que la misma fue predispuesta, objeto de redacción previa por la caja, con finalidad de incluirse en todos aquellos contratos de préstamo en los que se fijara el IRPH como índice de referencia para el cálculo de interés variable.

El hecho de si fue fruto o no de la negociación es un aspecto discutido. Mientras la parte demandante dice que les fue impuesta, sin que fuera informada de su verdadero significado, Kutxabank responde que fue pactada y que después se plasmó en la oferta vinculante entregada (documento 1 de la contestación).

Ante esta discrepancia, conviene aclarar que si bien la LCGC no establece normas en materia de carga probatoria sobre el aspecto de la negociación de las cláusulas de un contrato, la Directiva 93/13/CEE, de aplicación en los contratos celebrados con consumidores, como sería el caso, si lo hace. En concreto, su artículo 3.2 dispone que el profesional que afirme que una cláusula tipo ha sido negociada individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. En este sentido se pronuncia también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), entre otras, en la Sentencia de 16 de enero de 2014, p. 19 Caso Constructora Principado.

Conviene aclarar, que las normas relativas a la carga de la prueba, no obligan a acreditar un extremo determinado a una de las partes en el proceso, sino que imponen a una de ellas las consecuencias de que la totalidad del marco probatorio no permitan considerarlo probado. En este sentido, la STS núm. 834/2009 de 22 de diciembre: "La jurisprudencia suele destacar que las normas sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no pueden considerarse infringidas en aquellos casos en los que el tribunal considera acreditados los hechos fundándose en distintos medios de prueba, sino solamente en aquellos casos en los cuales el tribunal, no obstante llegar, explícita o implícitamente, a la conclusión de la inexistencia de prueba sobre los hechos, hace recaer las consecuencias de dicha falta sobre la parte a quien corresponderla proporcionar dicha prueba".

En el presente pleito la prueba ha sido exclusivamente documental y ello dificulta la acreditación del aspecto de la negociación entre las partes ante su diferente versión de lo sucedido. Contamos con la escritura de préstamo hipotecario (documento 1 de la demanda) y con la oferta vinculante (documento 1 de la contestación). En el primero de ellos podemos observar el tenor de la discutida cláusula ya transcrita más arriba y en la oferta vinculante, se incluye de la misma manera como tipo de interés variable a partir del tercer año del contrato el índice IRPH CAJAS.

De los documentos analizados no cabe concluir la existencia de una negociación previa entre las partes. La prueba no resulta suficiente para alcanzar tal conclusión y según lo explicado previamente, se hace recaer el peso de tal falta probatoria a Kutxabank, a la que correspondía plenamente acreditar el aspecto de la negociación (artículo 3.2. de la Directiva 93/13/CEE). No existe ninguna documentación que muestre alguna solicitud de información previa al contrato, ni que refleje los posibles términos de la negociación, tampoco se ha interrogado a ninguno de los intervinientes en el contrato.

Además, aun cuando la actora hubiera tenido la posibilidad de que el interés variable se referenciara con otro índice, ello no obstaría a seguir considerando la existencia de una condición general de la contratación impuesta. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 241/2013, de 9 de mayo es clara cuando expone que:

"...el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos" (P.148).

Y concluye más adelante:

"No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario (P. 165).

Por todo ello, se califica la cláusula tercera bis (tipo de interés variable) como una condición general de la contratación.

TERCERO. - Posibilidad de control de validez de la cláusula.

El hecho de que la cláusula discutida se considere una condición general de la contratación no conlleva consecuencia alguna en relación a su validez. Simplemente, implica la aplicación de LCGC, que tiene por objeto aquellos contratos que incluyen este tipo de condiciones predispuestas a fin de tutelar la posición del adherente (no necesariamente un consumidor) mediante la exigencia de una serie de condiciones para que dichas cláusulas puedan ser incorporadas al contrato y se consideren válidas.

La demandada aprecia que no cabe que se lleve a cabo un control de la validez de la cláusula por dos motivos: tratarse de una cláusula que refleja el contenido de normas imperativas y que además, versa sobre el objeto principal del contrato. Ante estas alegaciones sobre la improcedencia del control, resulta necesario resolver si cabe la referida supervisión:

a) Imposibilidad por reflejar disposiciones normativas de naturaleza imperativa.

Comenzaré por exponer la normativa en materia del ámbito de control de las condiciones generales de la contratación. Así, conforme al orden de prevalencia entre las mismas, en primer lugar ha de tenerse en cuenta el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE cuyo tenor es el siguiente:

"Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Su considerando decimotercero, alude a esta misma cuestión:

"Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión « disposiciones legales o reglamentarias imperativas » que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo"

Su transposición al ordenamiento interno la vemos en el artículo 4.2 de la LCGC:

"Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes".

Kutxabank sostiene que dado que tanto la comunicación de los datos relativos a la operaciones de préstamo hipotecario que las entidades de crédito realizan cada mes al Banco de España, como la fórmula de cálculo del índice IRPH CAJAS por parte del organismo supervisor, se encuentran reguladas por normas imperativas, no son condiciones generales de la contratación ni pueden ser objeto de un control de abusividad. Las normas a las que se refiere la entidad serían las siguientes:

-- **Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.** (Vigente hasta el 29 de abril de 2012, fecha de entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)

En ella se regulaban los requisitos de validez que han de cumplir los tipos de referencia oficiales para las operaciones financieras. En concreto en su artículo 6.2:

"2. 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.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo".

-- **Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.**

Su norma sexta bis, en su apartado tercero, establece los tipos de referencia oficiales entre los que se incluye:

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.

Conviene aclarar que en la actualidad los tipos de referencia oficiales se incluyen en el artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Esta misma orden regula en su anejo octavo la definición y forma de cálculo de los referidos índices oficiales.

-- **Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito** (Vigente hasta el 28 de Junio de 2014, como consecuencia de su derogación por la Ley 10/2014, de 26 junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito)

Su artículo 48 facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para "establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito".

Así, ha de decidirse si cabe el control judicial con base en la Directiva 93/13/CEE de la cláusula en la que se dice que el índice de referencia será el IRPH CAJAS a la vista de que el mismo estaba previsto legalmente como un índice de referencia oficial en el momento en el que se celebró el contrato y también resultan reguladas su definición y forma de cálculo.

El artículo 1.2. de la Directiva ha sido interpretado por el TJUE, **en su sentencia de 10 de septiembre de 2014, Caso Monika Kusionová y SMART Capital a.s. (C-34/2013)**. En esta sentencia el TJUE responde a una cuestión prejudicial sobre si debe interpretarse el citado precepto en el sentido de que se opone a una cláusula contractual incluida en un contrato concluido por un profesional con un consumidor aun cuando el contenido de esa cláusula deriva de una disposición legal.

El TJUE adopta como punto de partida el ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 1) y la exclusión del mismo de aquellas cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Dado que se trata de una exclusión o excepción, y en atención al objetivo de la Directiva, que no es otro que la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas insertadas en los contratos concluidos por los profesionales con estos últimos, puntualiza que dicha excepción es de interpretación estricta.

Así, recuerda cómo ya en la **sentencia de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG)** declaró que para que sea de aplicación la referida exclusión es necesaria la concurrencia de dos condiciones: La cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y ésta debe ser imperativa. Dice a continuación que para determinar si una cláusula contractual está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional comprobar si refleja las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa.

En consecuencia, concluye que "debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que figura en un contrato concluido por un profesional con un consumidor está excluida del ámbito de aplicación de esa Directiva únicamente si dicha cláusula contractual refleja el contenido de una disposición legal o reglamentaria imperativa, lo que incumbe comprobar al tribunal remitente".

Aplicado este pronunciamiento al caso de autos, se llega a la conclusión de que la cláusula referente al Índice de referencia IRPH CAJAS se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Ello es así por el hecho de que no ha de confundirse la circunstancia de la regulación de algunos de sus aspectos con el hecho de que la presencia de la citada cláusula en el contrato traiga causa de normas imperativas. No existía norma que exigiera aplicar dicha referencia, no era aplicable en todo caso y con independencia de la elección de las partes contratantes.

Siendo eso así, cabe en efecto llevar a cabo un control de abusividad de la referida cláusula mediante la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

b) Imposibilidad por tratarse del objeto esencial del contrato.

La Directiva 93/13/CEE establece una segunda exclusión al ámbito de control de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: el objeto principal del contrato. Esta cuestión también ha sido alegada por la entidad demandada, la que defiende que el Índice de referencia para el cálculo del interés variable, regula el objeto principal del contrato: su precio. La demandante no se muestra conforme con esta idea y sostiene la posibilidad de control aun cuando afecte al objeto del contrato, siendo solamente necesario que se trate de una cláusula impuesta.

Partimos también en este caso de la Directiva 93/13/CEE, y en concreto, de sus considerandos duodécimo y decimoveno:

" 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".

" 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 ...".

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE en línea con los anteriores 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".

Mediante el mismo se establece un límite a la facultad de control judicial de la abusividad de las cláusulas para el caso en el que regulen el objeto principal del contrato, de modo que se considera que el espacio reconocido a la autonomía de la voluntad de las partes ha de ser más extenso en este ámbito.

Sin embargo no cabe detenerse en el tenor literal del precepto, este ha de completarse con la interpretación que del mismo ha sentado el TJUE y para ello resulta imprescindible referirse a la **Sentencia de 3 de junio de 2010, dictada en el Caso Caja Madrid (C484 2008)**, en la que se resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo sobre la posibilidad de control de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, específicamente, la cláusula de redondeo al alza.

En ella, el TJUE, tiene en cuenta por un lado la falta de transposición por parte de España de la previsión del artículo 4.2. de la Directiva a la LCGC y por otro, el contenido del artículo 8 de la Directiva, según el cual:

"Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".

Entiende que la previsión de protección de mínimos es de aplicación a la excepción del artículo 4.2., lo cual autoriza a los Estados Miembros a adoptar normas más estrictas respecto del referido artículo y declara que:

"En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo 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".

La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo parece apartarse de esta línea al establecer la imposibilidad de controlar la abusividad de la cláusula que se refiera al objeto principal del contrato siempre y cuando su redacción sea clara y ello sin perjuicio de que pueda ser sometida a un doble control, de incorporación y de transparencia.

Sin embargo, la línea jurisprudencia! del TJUE continúa siendo la misma y en la **Sentencia de 30 de abril de 2014, (C 26-13) dictada en el Caso Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai y OTP Jelzálogbank Zrt**, reitera la necesidad de someter a interpretación estricta la exclusión prevista en el artículo 4.2. de la Directiva. Además entra más a fondo en la definición del concepto "objeto principal del contrato", que, teniendo en cuenta esta necesidad de interpretación restrictiva, dice, debe entenderse referida a las cláusulas que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Aclara que no forman parte del mismo las cláusulas accesorias y que corresponde al tribunal remitente valorar si es o no esencial la cláusula en cuestión (p. 42 y 49-51).

Siguiendo la interpretación del TJUE, máximo intérprete de la normativa de la Unión Europea, cabe por lo tanto llevar a cabo el control de abusividad. Además, lo cierto es que en aplicación del principio de interpretación estricta, en el presente caso la cláusula objeto de discusión no puede ser incluida en la categoría de "objeto principal del contrato" .

Si nos fijamos en el hecho de que el Código Civil configura el contrato de préstamo como un contrato esencialmente gratuito (art.1740) no necesariamente retribuido mediante intereses (artículo 1.755) y en el que las prestaciones de las partes serían la entrega del dinero y la devolución de la misma cantidad (art.1740), no cabe sino concluir que la cláusula relativa, no ya solo a la previsión de intereses, sino más concretamente, al tipo de referencia que se va a tener en consideración para calcularlos, no puede calificarse de elemento esencial del contrato, sino un elemento accesorio que no puede incluirse dentro del ámbito de exclusión del artículo 4.2. de la Directiva según lo expuesto por el TJUE en la sentencia dictada en el Caso Arpád Kásler.

Por lo tanto, la cláusula tercera bis entra dentro del ámbito de control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE.

CUARTO.- Análisis de la validez de la cláusula.

La nulidad se sustenta en las alegaciones de falta de transparencia, infracción de normas imperativas y abusividad. En resumen, la actora sostiene que no fue debidamente informada del significado del índice, cuya forma de cálculo considera que genera un desequilibrio entre las partes en el contrato, al permitir la influencia por parte de la entidad y además resulta contrario a normas imperativas (artículo 1.256 del cc y diversos preceptos del TRLGDCU)

El análisis de validez de la cláusula se realiza en el marco de la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y en especial de sus siguientes preceptos:

Artículo 3.1. "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".

Artículo 4.1. "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa".

Artículo 5. "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva"

Además, ha de tenerse presente el fundamento del sistema protector establecido en la Directiva, recordado por el TJUE, entre otra, **en su Sentencia de 21 de marzo de 2013 (Caso RWE Vertrieb AG):**

"el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente 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 (sentencias de 15 de marzo de 2012, Pereniéová y Perenié, C-453/10, apartado 27, y de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33).

Explica que ante esta posición de inferioridad, la Directiva, a través de sus artículos 3 y 5, "establece la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y la obligación de redacción clara y comprensible de las

cláusulas, a fin de que el consumidor cuente con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato".

A continuación se expone el resultado de la interpretación que el TJUE ha realizado de los citados preceptos con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Comenzando por el control por la vía del artículo 5 de la Directiva, el TJUE recuerda en la sentencia dictada en el **Caso Constructora Principado** con cita a su **sentencia de 21 de marzo de 2013, Caso RWE Vertrieb, C-92/11**) que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, al entender que el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.

Esta misma idea queda reforzada en la **Sentencia de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler**, en la que se dice que "toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva p. 72).

Aclara además que: "la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera".

Así, la Directiva exige que las cláusulas cumplan con la debida transparencia, en el sentido de que se redacten de manera clara y comprensible, de manera que la redacción unida a la información suministrada al consumidor, permitan a este acceder a comprender realmente su significado, funcionamiento y consecuencias económicas.

En relación al control en aplicación del artículo 3, resulta necesario atender a los pronunciamientos del TJUE sobre qué criterios ha de seguir el Juez nacional a la hora de valorar si una cláusula cumple o no con el requisito del justo equilibrio y de la buena fe entre las prestaciones de las partes.

Así, el TJUE expuso en su **Sentencia de 13 de marzo de 2013, dictada en el Caso Aziz, Asunto C-415/11** que: "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas."

Esta misma línea mantiene en la **Sentencia de 16 de enero de 2014, Caso Constructora Principado**, la que añade que: "Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

La misma sentencia recuerda sus pronunciamientos anteriores y añade: "En este aspecto el Tribunal de Justicia ha recordado que, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva (LCEur 1993, 1071), el carácter abusivo de una cláusula contractual debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios que sean objeto del contrato de que se trate y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 46) , Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 40). De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable a tal contrato, lo que exige un examen del sistema jurídico nacional (véase la sentencia Aziz (TJCE 2013, 89), antes citada, apartado 71)".

La referencia al cumplimiento de las exigencias de la buena fe fue aclarada también por el TJUE en su sentencia dictada en el Caso Aziz, en la que se contiene el siguiente parámetro de cumplimiento de la premisa de buena fe contractual:

"En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que... el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Expuesta la normativa y su interpretación jurisprudencial, continúo con el análisis del caso.

Partimos de que la cláusula tercera bis es una condición general de la contratación que no fue el resultado de la negociación entre las partes y que por lo tanto, para considerarla válida, ha de cumplir con el requisito de transparencia (art.5 de la Directiva) y de superación del canon de justo equilibrio y buena fe (art. 3 de la Directiva), de modo que no quede el consumidor en una situación perjudicial y que le genere un desequilibrio importante.

En relación a la transparencia el TJUE, como hemos podido ver en los extractos jurisprudenciales expuestos, es claro a la hora de exigir que la información facilitada al consumidor permita a este conocer el contenido de la cláusula, no únicamente en el sentido de ser clara y comprensible desde un punto de vista formal (gramatical) sino real, de modo que alcance a conocer su funcionamiento y repercusión durante la vida

del contrato, a fin de que pueda visualizar la manera en la que influirá en su posición contractual.

Kutxabank pone de manifiesto que informó a la Sra. Xxxx xxxxx de la cláusula y que ella conocía que se establecía el IRPH CAJAS como índice de referencia oficial para el cálculo de interés variable. El citado Índice es objeto de regulación en el segundo punto del Anejo octavo de la Circular 8/1990 en cuanto a su definición y cálculo. Así el IRPH CAJAS se define como:

"... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el Índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda. La fórmula de cálculo de dicho tipo será...."

Así lo recoge la propia escritura (documento 1), que añade que lo será sin transformación y que se utilizará 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.

Se comprueba así, que la escritura contiene la definición legal del índice, más como hemos dicho, ello no basta para entender satisfecha la condición de transparencia. La Sra. Xxxx xxxxx, como consumidora, debería haber sido informada también de que el Banco de España publica el IRPH a partir de los datos que les envlan mensualmente las cajas de ahorros, concretamente sobre el interés medio de sus propias operaciones de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda libre por período superior a tres años, de los que se obtiene después la media que refleja el IRPH CAJAS. No consta que se pusiera de manifiesto la influencia que el devenir de las cajas, y entre ellas, la de la contratante, tendría en la fijación del tipo de interés variable y por ende, en el importe de la cantidad a abonar en tal concepto por la prestataria. Tampoco que en función de los tipos de interés a los que se realizaban las operaciones por las cajas de ahorros, entre ellas Kutxa, el interés a abonar bajaría o subiría, de manera que en la evolución del tipo de interés incidiría el precio en el que la cajas de ahorros cerraran las operaciones de préstamo hipotecario.

El IRPH se presenta como un índice objetivo, relacionado con las operaciones de las cajas, como si se tratara de un tercero ajeno al contrato, de manera que las partes no tendrían ninguna posibilidad de influir en su evolución, al alza o a la baja. Presentado así, se asemejaría a un hecho incierto al que se somete la determinación del alcance de la prestación, en este caso, del interés a satisfacer por la consumidora.

Mas si nos fijamos bien, ello no es del todo cierto, dado que la propia caja prestamista, junto con las demás y en la misma medida, será la que, a través de la determinación del precio de sus operaciones de préstamo hipotecario, participará en la elaboración de la media que refleja el IRPH según su definición legal.

El derecho a la información del consumidor se reconoce además, como alega la defensa de la actora, en los artículos 8 d), 60.1 de la LDCU, concretamente este último dice que

"Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas".

De lo expuesto se colige que la actora no recibió la información necesaria para alcanzar una comprensión real del significado del índice IRPH CAJAS, de cómo funcionaba, de los datos concretos de las cajas a partir de los que se elabora la media que refleja, ni de la incidencia que la evolución de la situación de las cajas tendría en su obligación contractual de pago de interés. Ello implica que Kutxabank no cumplió con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva interpretado por el TJUE.

Y esta idea de falta de transparencia por insuficiencia explicativa ha de ser enlazada con la abusividad en los casos en los que la cláusula contraviene las exigencias de la buena fe y causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Teniendo presentes los parámetros establecidos por el TJUE para valorar la existencia del desequilibrio importante arriba expuestos, podemos ver como en el presente caso si bien no se aprecia una descompensación en cuanto a las prestaciones de las partes (entrega de dinero y devolución del mismo incrementado con los intereses pactados según un interés variable referenciado a un índice oficial) se observa cómo la participación de la caja de ahorros en la elaboración de la media, de alguna manera, coloca a la consumidora en una posición de inferioridad. En efecto, la caja tendrá una incidencia en la determinación del tipo de interés, puesto que la información que mensualmente remita al Banco de España tendrá un reflejo en el IRPH CAJAS que se aplique. Sin embargo, la posibilidad de que la consumidora pueda guiar la evolución del tipo de interés es impensable.

Aplicando **la sentencia del Caso Constructora Principado**, podemos apreciar que ello comporta una lesión de la situación jurídica de la prestataria. Entiendo que su capacidad de control del interés del préstamo desaparece totalmente desde la firma del contrato, mientras que, aún tratándose de un índice oficial, Kutxa participaba en la elaboración del mismo con los datos de sus operaciones remitidas al Banco de España.

La parte demandada se opone al carácter abusivo y expone la validez del índice como referencia oficial y que el IRPH CAJAS en el momento de la contratación quedaba por debajo del sustitutivo EURIBOR incrementado en un punto. Así, Kutxabank pone de manifiesto que la reclamación trae causa de que la demandante entiende que el IRPH ha evolucionado de manera desfavorable en comparación con el EURIBOR pero que ello no se podía conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Coincido en el hecho de que, en efecto, es el momento de la firma del contrato el que ha de valorarse para determinar la validez de la cláusula. La subordinación de la cuantía de una de las prestaciones a un índice de referencia ajeno al control de los contratantes puede resultar más o menos favorable para cada parte, sin que quepa alegar su nulidad por el hecho de que la aleatoriedad le haya sido perjudicial.

Ahora bien, ello exige que exista una verdadera ajenidad en la elaboración del índice, que haga que su evolución escape de cualquier incidencia de las partes contratantes, presentándose como una referencia objetiva. Considero que el mero hecho de que a través de su actividad, pueda incidir en la fijación del índice de referencia, a diferencia de la consumidora coloca a esta en una posición perjudicial.

Se argumenta también por la caja que el IRPH es uno de los índices oficiales de mayor uso junto son el EURIBOR y que este último también se determina en atención a las operaciones de los bancos. Ello exige realizar una comparación entre ambos para poder ver el nivel de ajenidad a las partes que he considerado fundamental para valorar la abusividad de la cláusula.

A diferencia del IRPH CAJAS (ya analizado) que se calcula a partir de las operaciones de préstamo hipotecario de las cajas con sus clientes, el EURIBOR se calcula teniendo en cuenta los datos de los principales Bancos de Europa sobre el tipo aplicado a los préstamos entre las mismas, es decir, es un tipo interbancario, el interés promedio del mercado bancario. Puede verse una mayor garantía de objetividad y ajenidad a las partes contratantes en este índice, en el que participan los principales Bancos y en operaciones interbancarias (no entre cajas y consumidores). Considero que la posible incidencia de los bancos o cajas a partir de cuyos datos se establecen los índices oficiales sería mayor en el caso del IRPH CAJAS, teniendo en cuenta que se obtiene a partir del precio al que ofertan un producto muy determinado y dirigido a consumidores, como lo son los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre.

Se pone de manifiesto la disminución del número de cajas, lo que aumenta la incidencia de las operaciones de cada una en el cálculo del índice. Es cierto que esta circunstancia era desconocida en el momento de celebrar el contrato, mas no lo es menos que pone de relieve que la evolución de todas las cajas de ahorros, incluida la que en cada caso firma un contrato de préstamo hipotecario referenciado al IRPH CAJAS, tendrá reflejo en la evolución de este a la vista de la fórmula de cálculo.

Tal y como sostiene Kutxabank, el índice IRPH CAJAS era uno de los incluidos en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre y en la fecha de la contratación regía la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la que regulaba los requisitos de validez de los tipos de referencia oficiales, como ya se expuesto en el fundamento anterior El índice IRPH CAJAS no depende exclusivamente de la propia entidad de crédito, lo que iría en contra de estos requisitos, pero sus datos influyen de manera natural en el cálculo de la media simple.

Se aprecia así que la posibilidad de incidir en la determinación del índice de referencia genera un desequilibrio entre las partes contratantes contrario al artículo 3 de la Directiva. No se estima sin embargo la alegación de que ello implique la infracción del artículo 1.256 del CC, norma básica en materia de obligaciones y contratos según la cual "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", ya que considero que la posible incidencia aludida no puede equipararse a dejar en sus manos la fijación del índice lo que implicarla de facto un control total de su variabilidad.

Habiendo hecho referencia a la transparencia y al justo equilibrio relacionado con el cumplimiento de la normativa nacional, resta por referirnos brevemente a la necesidad de satisfacer los requisitos de la buena fe en la contratación, previstos no solo en nuestro ce (artículos 7 y 1.258 del CC) sino también en el artículo 3 de la Directiva.

En la sentencia dictada en el Caso Aziz, el TJUE dice que el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Entiendo que de haberse explicado a la consumidora que la propia caja contratante puede incidir en el interés que debe abonar, en la medida en la que forma parte de las cajas a partir de la que se extrae la media IRPH, le haría ver que el índice oficial no es fijado por un tercero extraño totalmente al contrato y que el precio al que la caja oferte en el futuro sus productos servirá de base para su cálculo.

Se considera que este índice, aun cuando estuviera previsto legalmente no se incorporó al contrato de manera transparente a través de la cláusula tercera bis (art.5 de la Directiva 93/13/CEE) al no haberse explicado de forma clara y comprensible su significado y repercusión a la Sra. XXXX XXXXX. La carencia informativa refleja el quebranto del principio de la buena fe contractual y pone en duda la adhesión al contrato en caso de haber contado con ella. Se advierte que la situación jurídica de la demandante era desventajosa respecto de la de la demandada y por ello contraria al artículo 3 de la Directiva.

Por todo ello, se declara la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato que referenció el tipo de interés variable al índice IRPH CAJAS.

QUINTO.- Sobre la no sustitución de la desaparición del índice.

Antes de analizar las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula y dado que habrá de tenerse en cuenta a la hora de fijar las consecuencias de la misma, se analiza a continuación la circunstancia de la desaparición del índice IRPH CAJAS y las previsiones legales para proceder a su sustitución, a fin de resolver si como dice la actora este fue o no sustituido de conformidad con el contrato.

El índice IRPH CAJAS desapareció como consecuencia de la Orden EHA /2899/2011, cuya Disposición Transitoria única fue del tenor siguiente:

"1. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. 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".

Por lo tanto, se previó que los índices seguirían aplicándose hasta transcurrido un año de la entrada en vigor de la Orden, siempre que se hubiera establecido en dicho plazo un régimen de transición.

La entrada en vigor de las normas relativas al índice tuvo lugar a los 9 meses de la publicación de la Orden (el 29 de julio de 2012) y lo cierto es que un año después no se había establecido aún ningún régimen de transición, de lo que se deduce que seguía rigiendo el índice IRPH CAJAS. Fue la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 la que lo incorporó. En él se estableció que con efectos desde el 1 de octubre de 2013, el Banco de España dejaría de publicar y se produciría la desaparición completa del referido índice y estableció que sería sustituido, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

Ello resulta de aplicación al presente caso, es decir, la sustitución se debió aplicar a partir del 1 de octubre de 2013, a partir de dicha fecha el índice sustitutivo de EURIBOR más un punto porcentual debió ser el aplicado. Dado que la revisión del índice es anual y esta de desarrolla a 5 de septiembre de cada año, la sustitución se produce casi un año después a la desaparición, de conformidad con el contrato, el 5 de septiembre de 2014.

SEXTO.- Consecuencias de la nulidad.

Los efectos de la declaración de nulidad de una condición general de la contratación, como es el caso, se someten a las normas generales en materia de obligaciones y contratos (artículos 9.2 y 10 de la LCGC), lo que hace que resulte de aplicación el artículo 1.303 del CC, que obliga a las partes contratantes a la recíproca restitución de las prestaciones (Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes). La nulidad afecta solamente a la cláusula discutida, subsistiendo la eficacia del contrato en lo demás por no afectar a sus elementos esenciales (art.10 de la LCGC, en este mismo sentido párrafo 267 de la STS 241/2013).

En el presente caso se ha declarado la nulidad de la cláusula por la que se establece como índice de referencia para el cálculo del interés variable el IRPH CAJAS. Suprimido este, la parte demandante solicita su sustitución conforme a la previsión contractual (EURIBOR incrementado en un punto porcentual), lo cual se ha producido, y la restitución del importe abonado en concepto de intereses por la aplicación del IRPH CAJAS.

En el suplico de la demanda se solicita que la nulidad comporte la restitución de las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios como consecuencia de la aplicación de la cláusula nula que ha de quedar sin efecto. A pesar de que en el acto de la audiencia previa se aludiera a que procedería la restitución de la diferencia entre lo abonado y lo que hubiera correspondido abonar si la referencia fuera el EURIBOR incrementado en un punto porcentual (lo cual no fue advertido en dicho momento), se mantiene la petición recogida en el suplico, ya que no se hizo ninguna petición expresa

de modificación y ello resultaría improcedente en dicho momento procesal. Además lo pedido en el suplico sería la consecuencia propia de la declaración de nulidad de la cláusula con la retroactividad que predica el artículo 1.303 del cc que invoca.



La cantidad ha de ser incrementada por los intereses legales vigentes desde la fecha de los diferentes abonos hasta el dictado de la sentencia (artículos 1.100 y 1.108 del CC). A partir de esta fecha, la cantidad resultante devengará el interés de mora procesal, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos (art.576 de la LEC)

SÉPTIMO.- Costas procesales.

De conformidad con el artículo 394 de la LEC, la estimación de la demanda comporta la condena en costas de la demandada.

FALLO

1. **ESTIMO** la demanda interpuesta por la representación procesal de Dña. XXXX XXXX
2. **DECLARO** la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre Dña. XXXX XXXX XXX y Kutxabak S.A. el 14 de agosto de 2007 según el cual "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS"
3. **CONDENO** a Kutxabank a reintegrar a la demandante las cantidades cobradas en concepto de intereses ordinarios como consecuencia de la aplicación de la cláusula declarada nula desde el 5 de octubre de 2010 hasta el 5 de septiembre de 2014. Esta cantidad ha de incrementarse por el interés legal del dinero desde el abono de cada cuota hasta el día de hoy. La cantidad resultante devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde el día de hoy y hasta su total pago.
4. **CONDENO** a Kutxabank al pago de las costas del procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DIAS 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 Banco Santander con el número 2196 0000 00074414, 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).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sra. JUEZ que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fe, en **DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN, a 7 de abril de 2015.**