



Roj: **SJPI 126/2016** - ECLI: **ES:JPI:2016:126**

Id Cendoj: **01059420072016100068**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Vitoria-Gasteiz**

Sección: **7**

Fecha: **11/03/2016**

Nº de Recurso: **417/2015**

Nº de Resolución: **57/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MARIA TERESA TRINIDAD SANTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-GASTEIZ

MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008

TEL.: 945-004877

FAX: 945-004827

NIG PV/ IZO EAE: **01.02.2-15/010578**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **01059.47.1-2015/0010578**

Procedimiento / Prozedura : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 417/2015 - J**

Materia: **DERECHO MERCANTIL**

Demandante / Demandatzailea : **Jenaro y Estrella**

Abogado/a / Abokatua : **GRACIA MARIA HERRERA DELGADO y GRACIA MARIA HERRERA DELGADO**

Procurador/a / Prokuradorea : **ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA y ISABEL GOMEZ PEREZ DE MENDIOLA**

Demandado/a / Demandatua : **KUTXABANC SA**

Abogado/a / Abokatua :

Procurador/a / Prokuradorea : **MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO**

SENTENCIA Nº 57/2016

En **Vitoria**-Gasteiz, a 11 de marzo de 2016.

Vistos por mí, M^a Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de **Vitoria**-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario 417/15, entre partes, de una como demandantes Jenaro Y Estrella , representados por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola, y asistidos de la letrada Gracia María Herrera Delgado y de otra como demandada KUTXABANK, S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo y asistida del Letrado Iñigo Barrutia Olasolo, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Gómez interpone en nombre y representación de Jenaro Y Estrella , demanda de Juicio Ordinario contra la entidad KUTXABANK S.A, antes Caja de Ahorros de **Vitoria** y Álava, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:



1. Se declare la nulidad de los ptos 1 y 2 de la cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 27.06.2006 que referencia el préstamo al **IRPH** Entidades y como índice sustitutivo el **IRPH** Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año de vigencia del préstamo.
2. Condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia **IRPH** Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir a partir del primer año de vigencia.
3. A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro.
4. Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

SEGUNDO .- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la contraria, manteniendo la validez de la cláusula impugnada.

TERCERO .- En la Audiencia Previa, se delimitan los hechos litigiosos, las partes proponen prueba, se admite y se señala el juicio.

En el juicio, se practica la prueba admitida y las partes formulan conclusiones, tras lo cual, quedan los autos vistos para sentencia.

En el presente procedimiento se han cumplido las normas procesales no habiéndose dictado sentencia en plazo debido a la carga de trabajo que sufre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los demandantes ejercitan acción individual de nulidad de condición general de la contratación inserta en el contrato de préstamo concertado con la demandada al amparo de lo dispuesto en 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 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 (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

Concretamente pretende la nulidad de la cláusula que establece como índice de referencia para el cálculo del interés variable el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (**IRPH** Entidades) y como índice sustitutivo el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros (**IRPH** Cajas). Mantiene que es una condición general de la contratación nula por infracción de normas imperativas, por falta de transparencia y por su carácter abusivo.

SEGUNDO .- Son hechos probados, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

El 27.06.2006 los demandantes suscribieron con Caja de Ahorros de **Vitoria** y Álava, hoy Kutxabank S.A., con fines ajenos a una actividad empresarial o profesional y para financiar la adquisición de su vivienda, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, formalizado en escritura pública autorizada por el Notario Manuel María Rueda Díaz de Rábago bajo el nº 2446 de su protocolo (doc. 1).

El capital del préstamo se concretó en 160.000 euros, con un plazo máximo de amortización de 35 años, un tipo fijo inicial durante el primer año del 3,850% y un interés variable el resto del periodo de cumplimiento resultante de adicionar al tipo básico de referencia un diferencial o margen de 0,250.

El tipo de referencia que se establece es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94 que se publica en el BOE de 03.08.94 (cláusula 3 bis .1)

El tipo de interés sustitutivo que se establece para el caso de que por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia anterior, es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94, que se publica en el BOE del 03.08.94 (cláusula 3 bis 2c).

Con anterioridad, el 01.07.2004 los demandantes habían suscrito otro préstamo con garantía hipotecaria con un tipo de interés variable de Euribor más 0,80, con previsión de aplicación del **IRPH** Entidades como índice sustitutivo para el caso de que el Euribor dejara de publicarse (doc. 2 contestación), lo que no ha sucedido.



Desde que entra en funcionamiento el Euribor como índice, el **IRPH** Entidades siempre se ha encontrado en valores superiores, al igual que el **IRPH** Cajas (doc. 3 contestación).

Los prestatarios son trabajadores pro cuenta ajena sin una especial cualificación en materia financiera (doc. 2 y 3 demanda).

El 22.05.2015 los demandantes dirigieron reclamación a la entidad demandada (doc. 4).

TERCERO .- *Condición general de la contratación* .

En este caso, la demandada no alega la inaplicabilidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en base a lo dispuesto en el art. 4 de la referida norma. Lo que alega es que se trata de una cláusula negociada y no impuesta al consumidor.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013 : "La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, parágrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones:

"-parágrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.

b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes.

c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) 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.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

La Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014 , señala que: "Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009 , 09.03.2009 , 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Se reconoce por la demandada que la escritura fue redactada siguiendo la minuta presentada por la prestamista. Al insistir en el carácter oficial y en las bondades del índice **IRPH**, reconoce implícitamente que su utilización en el préstamo del demandante no es puntual, sino que lo utiliza, o lo ha utilizado, en una pluralidad de casos. La demandante mantiene que la cláusula fue negociada individualmente pero se trata de una



afirmación carente de todo soporte probatorio, cuando, como ya se ha dicho, es el empresario predisponente el que tiene la carga de acreditar que una cláusula concreta ha sido fruto de efectiva negociación. Lo que nos aporta la demandada es una carta que ni siquiera hay constancia de que se enviara y recibiera a los prestatarios pues ni tiene firma, ni sello de envío de Correos, justificante de envío como burofax, o cualquier otro signo que permita razonablemente estimar remitida a los prestatarios. La carta nada dice sobre las condiciones del préstamo sino que se informa a los prestatarios que el crédito "ha sido concedido" y que pueden ponerse en contacto con el Notario "con el fin de concertar los detalles necesarios para firmar la escritura". Se añade que "esta comunicación, junto con la hoja adjunta, tiene carácter de oferta vinculante". La carta tiene fecha de 22.06.2006. A continuación lo que se aporta en el conjunto documental nº 1 es una especie de ficha con los datos principales de la operación. Nada indica que este fuera el documento adjunto al que hace referencia la carta que, como se ha dicho, tampoco cuenta con signo alguno de envío y recepción. Pero es más en dicho documento no encuentra esta juzgadora referencia alguna al **IRPH** Entidades y Cajas.

Este conjunto documental nº 1, cuyo valor probatorio es francamente discutible, es la prueba que aporta la demandada para acreditar cuanto se refiere al proceso de comercialización del préstamo e información al cliente. Al margen de las consecuencias que de ello se extraigan en cuanto a la transparencia de la operación, es evidente que en relación al carácter negociado de la cláusula lejos está la demandada de aportar prueba que sustente sus afirmaciones.

CUARTO .- IRPH.

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

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el **IRPH** entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. El **IRPH** Cajas participa del mismo concepto si bien se configura como media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de las mismas características realizadas por el conjunto de las Cajas. Del mismo modo se definen en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

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

Por tanto, el **IRPH** se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a **IRPH**. Ello implica que, si en los préstamos referenciados a Euribor, el conjunto de entidades financieras, ante las bajadas del Euribor conceden préstamos con un diferencial elevado, influyen en la configuración del **IRPH** y amortiguan así la bajada de otros tipos de interés. Así, en el cuadro de evolución que aporta la demandada como doc. 3 de la contestación, vemos el comportamiento del **IRPH**. En julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el **IRPH** Entidades se encontraba al 6,006 % . Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el **IRPH** no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el **IRPH** Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el **IRPH** Entidades se encontraba al 2,819%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el **IRPH** también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el **IRPH**, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el **IRPH**. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el **IRPH** Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el **IRPH** Entidades se situaba en un 3,078 % . Es decir, el **IRPH**, siempre superior al tipo de referencia más extendido, ha servido para amortiguar las bajadas del Euribor en los préstamos referenciados al **IRPH**. El motivo es evidente. Es un hecho notorio que entre más bajo se encuentra el Euribor más elevados son los diferenciales que los bancos están dispuestos



a ofrecer con lo que los tipos que comunican al Banco de España y que sirven para la elaboración del **IRPH** amortiguan la caída del Euribor.

Nos dice la demandada que a diferencia de lo que ocurre con el Euribor, que refleja el tipo de interés promedio al que la entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario, para la elaboración del **IRPH** no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales de las entidades, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, de forma que su determinación depende de la ley de la oferta y la demanda en el mercado hipotecario. No se comparte el argumento porque parte de una idea ingenua; la igualdad de posición y capacidad de negociación entre el prestamista y el prestatario. Habrá momentos en los que se celebren menos contratos de préstamo hipotecario en función de las circunstancias del mercado, pero los que se suscriben están sujetos a las condiciones en las que las entidades prestan el dinero; el consumidor lo toma o lo deja. No olvidemos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 encuentra 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-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro , C-168/05).

Pero es más, el **IRPH** se elabora a partir de la media simple de los tipos de interés medios ponderados, lo que significa que los datos aportados por la entidad más pequeña tienen el mismo peso y relevancia en su elaboración que los datos aportados por la entidad de mayor cuota de mercado. De esta manera, si una entidad pequeña incrementa sus diferenciales, ello tendrá la misma repercusión que si lo hiciera la más grande de las entidades. No se utiliza ningún tipo de corrección para evitar la distorsión que suponen aquellos valores que se desvían exageradamente de la tónica general. Y si bien es cierto que al ofrecer una determinada entidad tipos de interés más elevados puede llegar a perder cuota de mercado, le puede resultar más rentable perder cuota de mercado y conceder menos préstamos si a cambio obtiene mayores beneficios a través de los préstamos que ya tiene en cartera referenciados al **IRPH**. En todo caso, hay que tener en cuenta que no se juzga la realidad de la manipulación sino la posibilidad de influenciar y determinar el tipo de interés que se va a aplicar, lo que resulta incuestionable a la luz de los argumentos anteriores.

Por otro lado es de suma importancia que los tipos de interés medios ponderados que se han de comunicar (Anexo VIII de la Circular 8/90 y vigente Circular 5/12) son los "tipos anuales equivalentes" de las operaciones de préstamo. Es decir, en el cálculo de los tipos de interés que se van a utilizar para la determinación del **IRPH** se incluyen las comisiones y demás gastos que los clientes se han visto obligados a pagar a la entidad, lo que significa que el **IRPH** no se elabora únicamente a partir de tipos de interés de las operaciones de préstamo hipotecario realizados un determinado mes sino a partir de tipos de interés incrementados con la media de las comisión y demás gastos vinculado al citado préstamo. El prestatario, además de soportar esa media de las comisiones y gastos abonados por otros prestatarios en sus préstamos, tendrá que abonar las propias comisiones y gastos de su propio préstamo. Así lo reconoce expresamente la propia Circular 5/94 que señala que "Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto su simple utilización directa como tipos contractuales implicará situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado". Y por ello, añade: "Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas".

QUINTO .- *Control de transparencia* .

Una vez analizada la configuración y funcionamiento del índice de referencia, sentado que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación impuestas y que los demandantes son consumidores en el marco de la relación contractual objeto de este pleito, procede analizar la validez de la cláusula al amparo de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta, así como a la luz de la normativa interna (Ley de Condiciones Generales de la Contratación y Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014 , que ya adelantaba en S. de 09.05.2013 y a reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015, de 29.04.2015 y de 23.12.2015:

" 6 . *Caracterización del control de transparencia* . En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación,



anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13 , artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. *Fundamento*, De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11 , así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. *Alcance* . Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014 , C-26/13 , declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, 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 al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.



No hay prueba alguna de la información, ofertas y alternativas que pudieran haberse ofrecido a los demandantes. Ya se ha analizado mas arriba el único documento que aporta la demandada referido al proceso de comercialización. Lo único que se aporta es una carta, que nada dice sobre las condiciones del préstamo, que ni siquiera se puede estimar remitida al prestatario, y menos aún puede estimarse que los documentos que se adjuntan a continuación fuera la documentación que en la carta se dice que se enviaba. Las dos hojas que se aportan en el conjunto documental nº 1, que mas bien parecen pantallazos con los datos de un préstamo ya formalizado, pues consta la fecha de firma de la escritura (27.06.2006), ni siquiera hay referencia alguna al tipo básico de referencia. Al menos no lo ve esta Juzgadora, luego puedo presumir que tampoco un prestatario que por mas que haya firmado otros préstamos anteriormente no por ello es un experto o persona instruida en materia de financiación bancaria.

Por tanto, ninguna prueba hay de que se informara debidamente a los prestatarios del índice al que se reverenciara el préstamo. No hay oferta vinculante alguna, pues como se ha dicho, no lo es el documento que se aporta. No hay ninguna prueba que permita estimar superado siquiera el primer control de transparencia.

La demandada aporta una escritura de préstamo del año 2004 suscrita por los demandantes en la que el tipo básico de referencia es el Euribor y el índice sustitutivo el **IRPH** Entidades. Ni ello permite presuponer que en el préstamo posterior se informó a los demandantes de las características y forma de configuración del **IRPH**, ni el hecho de figurar como índice sustitutivo el **IRPH** en el préstamo de 2004 implica que los demandantes sepan de antemano qué es el **IRPH**. Obsérvese que la previsión de aplicación del índice sustitutivo parte de un supuesto de hecho que no se ha producido nunca, que deje de publicarse el Euribor.

Y si no se supera el primer control de transparencia, mucho menos el segundo. No se acredita que se proporcionara al demandante información de calidad suficiente que le permitiera percibir la naturaleza y verdadero funcionamiento del **IRPH**. Ni se aporta prueba documental alguna acerca de lo que se pudo explicar al prestatario acerca del **IRPH** y otros índices alternativos como el Euribor, ni prueba de otra naturaleza distinta. De hecho, lo dicho en el fundamento anterior acerca del **IRPH** lleva a pensar que el consumidor medio, correcta y completamente informado por el empresario predisponente, no hubiera escogido la opción del **IRPH**. Nada se indica acerca de la información que se pudo facilitar al adherente acerca de cómo se elabora el **IRPH**, acerca de si comprende o no los gastos y comisiones de la media de los préstamos concedidos por entidades financieras, acerca de la importancia que tiene que además de ello se añada un diferencial positivo, además de sus propios gastos y comisiones, acerca de la evolución comparativa del euribor con el **IRPH**.

Por todo ello, debe concluirse que el proceso de incorporación de la cláusula que establece el tipo de referencia a aplicar en el préstamo una vez superado el primer año, al igual que la que se refiere al índice sustitutivo, no supera el control de transparencia al que han de someterse todas las condiciones generales de la contratación impuestas a un consumidor en el marco de la contratación seriada.

SEXO .- *Carácter abusivo de la cláusula que establece el tipo de referencia.*

Mantiene la demandada que no es posible el control de abusividad del tipo de interés como elemento integrante del objeto principal del contrato. No se comparte el argumento.

La SJM nº 1 Donostia- San Sebastián de 20.10.2014 citando la anterior de 29.04.2014 señala sobre este particular, que: " *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-484/08 , 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 STS 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 las 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 26/1984, 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 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". En el mismo sentido, la STS 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 cosa 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. 485/2012 , que esgrime Kutxabank S.A. lo entiende así en su § 188 cuando explica: << 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">> . 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".

Se asume la argumentación y se rechaza la oposición de la demandada.

SÉPTIMO .- Dice el art. 8 LCGC: 1. 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. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En primer lugar, ya hemos visto que en mayor o menor medida la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CC que dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Con ello, la cláusula Tercera bis que determina el tipo de referencia del préstamo resulta nula al amparo del nº1 del art. 8 de la LCGC, al contravenir lo dispuesto en el art. 1256 CC . Y ello sin contar con que además, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, 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". Y que además, la Circular 5/94 del Banco de España dispone que "sería necesario aplicar un diferencial negativo para corregir el efecto de la configuración del **IRPH** sobre la base de los tipos anuales equivalentes, lo que no sucede en este caso en el que se aplica un diferencial positivo del 0,250.

Pero además, en segundo lugar, el demandante es consumidor amparado por las previsiones del 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 (TRLGDCU), al que se remite el art. 8.2 de la LCGC.

El art. 82.1 del TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y el apartado 4 del mismo artículo: ¿ en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario.

El art. 85 desarrolla este concepto y señala que son abusivas: Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario. Y cuando a continuación señala las que en todo caso lo son, incluye (3) las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato; y (10) las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. Y si bien, se exceptúa la regla general a los casos en los que el precio se determine por un índice legal y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio, hay que tener en cuenta que el fundamento de la nulidad que se pretende no es la modificación unilateral del precio por el empresario, sino la posibilidad de influir en la configuración del propio índice oficial o legal, lo que queda totalmente al margen de las excepciones previstas en la norma.

En consecuencia, la cláusula segunda apartado a), en cuanto establece que el tipo de referencia del préstamo a interés variable es el **IRPH** Entidades, resulta nula al amparo de lo dispuesto en el art. 8.1 LCGC en relación con el art. 1256 CC y el art. 8.2 LCGC en relación con los arts. 82.1 y 4.a) y art. 85 TRLDCU.

OCTAVO .- Al margen de que todo lo señalado hasta ahora es aplicable tanto al **IRPH** entidades, como al **IRPH** cajas, no se quiere dejar de referir la desaparición del **IRPH** cajas. Al respecto se va a citar la SJM nº1 de Donostia-San Sebastián de 29 abril 2014, ROJ SJM SS 71/2014, en la que se indica: " *En la actualidad el **IRPH** Cajas ha desaparecido como índice oficial. (¿)*

*Efectivamente la Orden EHA/2899/2011, 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 **IRPH** Bancos, **IRPH** Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 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 tuvieron 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 (LAEI), 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. c) 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.1 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. (¿.)

*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 2899/2911 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".*

NOVENO .- Consecuencias de la nulidad .

Partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . El art. 10.1 LCGC establece que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

El apartado 2 del mismo precepto señala que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo , señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en



situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el anterior artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuía al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que:

"65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible".

Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

En igual sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Bruse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos que el art. 10.2 de la LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar:

" El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables



cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado".

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el **IRPH** Entidades, produce en primer lugar la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC : No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com : Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el interés remuneratorio no es elemento esencial del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin la referida cláusula.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE no cabe la integración del contrato señalando el interés que haya de sustituir al **IRPH** Entidades. Sabemos que el TS en Sentencia de 22.04.2015 , analizando las consecuencias de la nulidad del interés de demora, dijo: " *La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora* ". Es decir, entiende que la nulidad de un tipo de interés no afecta a otros ¿aunque se prevean para supuestos distintos; interés sancionador o interés remuneratorio- y señala que pese a la nulidad del tipo de interés de demora, sigue siendo aplicable el interés remuneratorio. Se dice lo anterior porque cabría plantearse si, siguiendo el razonamiento del TS en dicha sentencia, cabría entender aquí que ante la nulidad del interés remuneratorio variable cabría aplicar el resto de la vida del contrato el interés fijo. Sin embargo, tal posibilidad debe descartarse porque no se trata de mantener un interés vigente y "no afectado" por la declaración de nulidad. El tipo de interés fijo se pactó para el primer año de vida del contrato y por tanto, transcurrido el mismo, no puede hablarse de un interés vigente y aplicable.

Además de la expulsión de las merítadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC , deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de las cláusula declarada nula, con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad del tipo de referencia conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados a partir de la fecha en la que se comenzó a aplicar el tipo de interés variable, es decir, transcurrido el primer año de vigencia del contrato. Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades (art. 1108 CC) desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC a partir de la presente sentencia.

DÉCIMO .- Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Jenaro Y Estrella , representados por la Procuradora Isabel Gómez Pérez de Mendiola frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

DECLARO:

1. La nulidad de la cláusula que establece el tipo de referencia a aplicar en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes, de fecha 27.06.2006 y el tipo de referencia sustitutivo, recogidos en la estipulación 3 bis .1 y 3 bis .3.c , es decir, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94 que se publica en el BOE de 03.08.94 y el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.07.94, que se publica en el BOE del 03.08.94 (cláusula 3 bis 2c).

Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.

Y CONDENO a la demandada:



-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

-A devolver a los demandantes las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia **IRPH** Entidades o índice **IRPH** Cajas si se hubiera aplicado, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. La devolución podrá hacerse bien abonando directamente al demandado dicha cantidad, bien mediante compensación e imputación de los intereses a devolver al principal pendiente de amortizar en el préstamo.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

Se condena en costas a la demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 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 Banco Santander con el número 0844111104041715, 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 la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en **VITORIA-GASTEIZ**, a 14 de marzo de 2016.