

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA
DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO
EPAITEGIA

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

NIG PVI/IZO EAE: 20.05.2-13/010580
NIG CGPJ/IZO BJKN: 20.069.47.1-2013/0010580

Procedimiento / Prozedura: Proc.ordinario / Prozedura arrunta 950/2013 - H
Materia: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Demandante / Demandatzailea:

Abogado / Abokatu: MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ

Procurador / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ y AINHOA KINTANA MARTINEZ

Demandado / Demandatua: KUTXABANK

Abogado / Abokatu:

Procurador / Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO

SENTENCIA Nº 156/14

En Donostia / San Sebastián, a veintinueve de abril de dos mil catorce

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 950/2013, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. _____ y Dª _____, mayores de edad, domiciliados en Tolosa (Gipuzkoa), asistida de la letrada Dª MAITE ORTÍZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Bilbao, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido del letrado D. IGOR ORTEGA OCHOA, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. _____ y Dª _____, interpuso demanda frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., alegando que había suscrito con dicha entidad un contrato de préstamo por importe de 156.000 €, constituyendo al tiempo garantía hipotecaria el 13 de diciembre de 2007, en el que se pactó la devolución en 25 años mediante 300 pagos mensuales, que en los dos primeros años el interés sería del 5 % y a partir de entonces, interés variable conforme a la cláusula tercera bis, que disponía que “el nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPH-CAJAS”.

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

De ahí que la demanda reclame, apoyándose en los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, su art. 4, diversas sentencias del Tribunal Supremo y TJUE, y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado el 13 de diciembre de 2007, que reza: *"El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación, el IRPII-CAJAS. Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de la 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"*, sea declarada nula y no despliegue ningún efecto, aplicándose el índice sustitutivo que establece el propio texto del contrato de préstamo, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios en aplicación de dicho índice IRPII Cajas.

Subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue eficacia de ningún tipo de efecto la citada cláusula tercera bis desde el 28 de octubre de 2011, fecha en que se publicó la Orden Ministerial 2899/2011, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por razón de intereses ordinarios desde entonces, y,

subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue ningún tipo de efecto la citada cláusula tercera bis desde el 28 de abril de 2012, fecha en la que entró en vigor la citada Orden Ministerial 2899/2011, momento en el que tipo de interés IRPH Cajas dejó de ser un tipo de interés oficial, procediendo la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde entonces, y

subsidiariamente, que se tenga por nula y no despliegue eficacia de ningún tipo la citada cláusula tercera bis desde el 28 de abril de 2013, fecha en la que finalizó el periodo transitorio establecido en la Disposición Transitoria de la Orden Ministerial 2899/2011 para la definitiva desaparición del tipo de interés IRPH Cajas como tipo de interés oficial, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde entonces.

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

SEGUNDO.- La demanda fue admitida, tras aclarar que no había que devengar tasa por ostentar los demandantes derecho a litigar gratuitamente, mediante decreto de 2 de diciembre de 2013 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO.- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., que se opone a la demanda, alegando que el IRPH Cajas es uno de los siete índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora.

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

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

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

CUARTO.- En diligencia de 15 de enero de 2014 se tuvo por personados y partes a los demandados y se citó a las partes a audiencia previa, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra. No se realizaron alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, en ambos casos exclusivamente documental, y quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia tras breves alegaciones por una y otra parte a modo de conclusión.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 13 de diciembre de 2007 D. _____ y D^a _____ suscriben con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián – Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, cuya sucesora es KUTXABANK S.A. un contrato de préstamo con garantía personal por importe de 156.000 €, a devolver en 300 cuotas mensuales, es decir, 25 años.

SEGUNDO.- En tal contrato se dispuso que durante los dos primeros años el interés que se satisfaría por la cantidad prestada fuera del 5 % anual.

TERCERO.- La cláusula tercera bis del contrato comienza diciendo: *“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 medio ponderados por los principales de la 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”*.

CUARTO.- La cláusula tercera bis dispone en su cuarto párrafo *“Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que le (sic) nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante de incrementar al EURIBOR un margen de un punto porcentual (1 %) de interés, durante toda la vida de la operación”*.

QUINTO.- Durante la vigencia del contrato se han producido las siguientes diferencias entre el IRPH Cajas y el Euribor. Enero 2011, IRPH 3,144, Euribor 1,550; febrero 2011, IRPH 3,132, Euribor 1,714; marzo 2011, IRPH 3,294, Euribor 1,924; abril 2011, IRPH 3,327, Euribor 2,086; mayo 2011, IRPH 3,471, IRPH 2,147; junio 2011, IRPH 3,559, Euribor 2,144; julio 2011, IRPH 3,624, Euribor 2,183; agosto 2011, IRPH 3,590, Euribor 2,097; septiembre 2011, IRPH 3,694, Euribor 2,067; octubre 2011, IRPH 3,659, Euribor 2,110; noviembre 2011, IRPH 3,747, Euribor 2,044; diciembre 2011, IRPH 3,739, Euribor 2,004; enero 2012, IRPH 3,793, Euribor 1,837; febrero 2012, IRPH 3,946, Euribor 1,678; marzo 2012, IRPH 3,777, Euribor 1,499; abril 2012, IRPH 3,691, IRPH 1,368; mayo 2012, IRPH 3,697, Euribor 1,266; junio 2012, IRPH 3,605, Euribor 1,219; julio 2012, IRPH 3,504, Euribor 1,061; agosto 2012, IRPH 3,724, Euribor 0,877; septiembre 2012, IRPH 3,573, Euribor 0,740; octubre 2012, IRPH 3,498, Euribor 0,650; noviembre 2012, IRPH 3,336, Euribor 0,588; diciembre 2012, IRPH 3,304, Euribor 0,549; enero 2013, IRPH 3,572, Euribor 0,575; febrero 2013, IRPH 3,595, Euribor 0,594; marzo 2013, IRPH 3,796, Euribor 0,545; abril 2013, IRPH 3,900, Euribor 0,528; mayo 2013, IRPH 3,862, Euribor 0,484; junio 2013, IRPH 3,851, Euribor 0,507; julio 2013, IRPH 3,932, Euribor 0,525; y en agosto 2013, IRPH 3,911, Euribor 0,542.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos probados

El art. 217 de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha

llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El primero de los hechos que se han declarado probados se desprende del doc. nº 1 de la demanda (folios 27 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El segundo hecho probado aparece en el citado doc. nº 1 de la demanda, cláusula tercera, folio 30 de los autos.

El tercer hecho probado se constata del doc. nº 1 de la contestación a la demanda, cláusula tercera bis, folio 31.

El cuarto hecho probado se aprecia en el mencionado doc. nº 1 de la demanda, cláusula tercera bis, reverso folio 31.

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

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

SEGUNDO.- Sobre los términos del litigio

Aunque ya se han expuesto en los antecedentes de hecho, en esencia la actora pretende la nulidad del índice de referencia suscrito por las partes en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado IRPH Cajas, por considerarlo contrario la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el RDL 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.

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

Añade que esta declaración de nulidad supondría la consecuente reintegración de las cantidades indebidamente cobradas al aplicar el IRPH Cajas en lugar del Euribor + 1 %, lo que con carácter principal reclama desde su inicio, o subsidiariamente, desde fecha de publicación de la Orden Ministerial 2899/2011, que organiza la sustitución de dicho índice, desde su entrada en

vigor, o desde la finalización del periodo transitorio para verificarlo, todo ello con intereses y costas.

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

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

Hay que empezar constatando que, como se expresa en el quinto hecho probado y ha sido admitido por las partes, de entre los índices oficiales para determinar la remuneración de préstamos, el designado en el préstamo de autos, IRPH Cajas, ha tenido un discurrir muy diferente al más frecuente, EURIBOR. Este último ha mantenido una tendencia decreciente en los últimos años, manteniéndose en niveles modestos. El IRPH Cajas, por el contrario, ha discurrido por niveles muy superiores, llegando a superar tres puntos de diferencia con el Euribor.

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

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

Efectivamente la Orden EHA/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, aportada como doc. nº 2 por la parte demanda (folios 80 y ss), 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.I 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 tuvieran como índice de referencia"*, dando a entender que mientras que no se establezca régimen de transición los tipos siguen siendo aplicables.

Luego la DA 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (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. Al contrario, este conjunto normativo debe ser interpretado atendiendo a lo ordenado, de modo reiterado, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha dicho, al interpretar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, que *"el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de*

negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas" (STJUE 27 de junio de 2000, caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, 26 de octubre de 2006, caso Mostaza Claro, C-168/05).

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.

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

El demandante pide en la tercera solicitud subsidiaria de su demanda que deje de aplicarse el IRPH CAJAS desde el 28 de abril de 2013. Entendiendo que en realidad ha de ser desde el 29 de julio de 2013, por desaparecer el IRPH al año de entrar en vigor, entrada en vigor que se produce nueve meses después de su publicación, el 29 de octubre de 2011, dicha petición subsidiaria colocada en tercer lugar debe ser inmediatamente acogida no por cuantas razones se esgrimen en la demanda, sino porque lo pactado por las partes en la escritura de constitución del préstamo con garantía hipotecaria fue, precisamente, que el Euribor + 1 % operara para el caso en que, como sucedió aquí, desapareciera el interés al que se referencia dicho préstamo, IRPH Cajas.

En definitiva, antes de entrar siquiera al fondo del litigio debe señalar que la demanda debe ser estimada cuando menos respecto de esta tercera solicitud subsidiaria de la demanda, aunque con efectos desde el 29 de octubre de 2013, puesto que pese a lo que opone la parte demandada, las partes se deben a lo pactado, que es ley entre ellas conforme al principio *pacta sunt servanda* que proclaman los arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CCv y la jurisprudencia recogida, entre otras muchas, por las SFS 6 mayo 2013, rec. 223/2011, 21 febrero 2014, rec. 406/2013.

Ello no obstante, al margen de lo pactado por las partes sigue siendo litigiosa la cuestión de la nulidad del propio índice desde la suscripción del contrato o momentos posteriores, que será abordada seguidamente.

CUARTO.- De la posibilidad de control del interés adoptado

Alega Kutxabank S.A. la imposibilidad de control judicial del índice IRPH Cajas, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito. Se esgrime al respecto tanto la STS 18 junio 2012, rec.46/2010, como la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, muy conocida por haber declarado la nulidad de algunas "cláusulas suelo" de varias entidades bancarias por falta de transparencia, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Entiende la parte demandada que los demandantes lo que buscan es modificar el precio del contrato, puesto que a su entender, el interés que se abona por el préstamo es su precio.

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

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

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

Como se aprecia, la Directiva establece unos mínimos para armonizar las distintas legislaciones nacionales, pero expresamente indica en el considerando duodécimo que "*...es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado CEE, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la ... Directiva*". Sobre este particular ha dicho la STJUE 3 junio 2010, C-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”.*

Como se aprecia, el máximo intérprete de la Directiva 93/13, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, considera que las cláusulas contempladas en el art. 4.2 de la misma, esgrimido por Kutxabank S.A. como impedimento para analizar la cláusula controvertida, que es referenciar al IRPH Cajas el préstamo de autos, pueden ser analizadas por los tribunales españoles. España, además, no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diverso. Además de los que cita la parte demandada en su contestación, puede recordarse lo que ha dicho la STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas “cláusulas de redondeo”, o la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, citando las anteriores, que en su FJ 3º asegura: *“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 2010 -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". Como se aprecia, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, 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.

Finalmente, 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 "descriptivos" 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 accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

Todo ello conduce a apartar el impedimento que oponía Kutxabank S.A. y entrar en el fondo de la cuestión.

QUINTO.- Sobre la nulidad del índice IRPH Cajas

Despejadas las anteriores cuestiones, la médula de la cuestión litigiosa es si la utilización del índice IRPH Cajas en este contrato se somete a las exigencias que disponen las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La demandante considera que no se han respetado, porque se asegura impuesto a los prestatarios, por la capacidad de una de las partes de influir en su conformación a diferencia de otros tipos oficiales en el momento de la contratación, por la protección que merecen los prestatarios en tanto que consumidores, por falta de negociación individual de esta cláusula, y por falta de transparencia.

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

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

porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", lo que resulta indudable es que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

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

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 13 de diciembre de 2007, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aunque el importe prestado supere los 150.000 € allí mencionados aunque se denominaran en pesetas. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Cajas como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden.

La citada orden dispone en su art. 6.2 que *"en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades"*. Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Cajas pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada ha admitido en la contestación que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es índice en el que puede influir, y además cada vez en mayor medida en cuanto que la concentración de las Cajas propició la disminución de su número. En consecuencia, el IRPH Cajas, partiendo del propio reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2000, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec. 1709/2003, 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011, rec. 504/2008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011).

Además los demandantes ostentan la condición de consumidores, y adquieren con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Están amparados, en consecuencia, por las previsiones del RDL 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), ya vigente al suscribirse el contrato el 13 de diciembre de ese año 2007, cuyo art. 3 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada.

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

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

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

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis, cuando establece *"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 medio ponderados por los principales de la 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"*.

SEXTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad

En cuanto a los efectos que supone tal declaración, dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente, la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

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

Por lo tanto desde que opera la previsión contractual de aplicación del IRPH Cajas, es decir, a partir del segundo año del contrato que es enero de 2011, habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio.

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

SEPTIMO.- Sobre los intereses

En aplicación de los arts. 1100, 1108 y 1303 CCv es procedente no sólo la restitución de lo indebidamente cobrado, sino el abono de su interés, que la parte demandante limita al momento en que se presenta la demanda, por lo que la cantidad a devolver se verá incrementada en su interés legal desde tal fecha, el 21 de octubre de 2013. El total que resulte de sumar el principal que ha de reintegrarse y el interés anterior, devengará, a su vez, interés legal elevado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia conforme a lo dispuesto en el art 576.1 LEC.

OCTAVO.- Costas

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

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

FALLO

1.- **ESTIMAR** íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. . . y D^a frente a KUTXABANK S.A.

2.- **DECLARAR** la nulidad del inciso inicial de la cláusula tercera bis firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía personal de 13 de diciembre de 2007, que dice:

“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 medio ponderados por los principales de la 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”.

3.- **CONDENAR** a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2011 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1 %.

4.- **CONDENAR** a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de las cantidades reintegradas conforme el anterior apartado desde el 21 de octubre de 2013 hasta hoy.

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

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455.1 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número -, indicando en el campo concepto del

resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

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

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

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

2014 MAI. 29

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA
DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO
EPAITEGIA

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

NIG PV/ IZO EAE: 20.05.2-13/010580
NIG CGPJ / IZO BJKN : 20.069.47.1-2013/0010580

Procedimiento / Prozedura: Proc.ordinario / Prozedura arrunta 950/2013 - H
Materia: CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Demandante / Demandatzailea:

Abogado / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ

Procurador / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ y AINHOA KINTANA MARTINEZ

Demandado / Demandatua: KUTXABANK

Abogado / Abokatua:

Procurador / Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO

AUTO

MAGISTRADO QUE LO DICTA: D/Dª EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI

Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

Fecha: veintisiete de mayo de dos mil catorce

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D.

y Dª

, se presentó solicitud de aclaración de la sentencia nº 156/14, dictada por este juzgado el 29 de abril de 2014.

SEGUNDO.- En diligencia de 12 de mayo se dio traslado a la otra parte, que no ha hecho alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Sobre la aclaración

Los arts. 267 de la LOPJ y 214 LEC permiten subsanar cualquier error material que se haya percibido en la sentencia. En este caso la actora señala un error en la fecha, y la demandada nada opone al respecto. Se constata, además, que tiene razón la solicitante en cuanto a la

incorrecta mención del año, que no debe ser 2011 sino 2010, por lo que se acogerá la solicitud.

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

ACUERDO

1.- ACLARAR la sentencia nº 156/2014, dictado el 29 de abril de 2014 en Juicio Ordinario nº 950/2013.

2.- CORREGIR el apartado 3 del fallo, que dirá: “**3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2010 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH Cajas que será sustituido por Euribor + 1 %**”.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificada (art. 267.7 LOPJ).

Lo acuerda, manda y firma SSª. Doy fe.

EL MAGISTRADO

LA SECRETARIO