

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA



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

Procedimiento/Prozedura: Proc.ordinario /Prozedura arrunta

Materia: CONTRATOS BANCARIOS

Demandante/Demandatzailea:

Abogado/a/Abokatua: JOSE MARIA ERAUSKIN

Procurador/a/Prokuradorea: FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE

Demandado/a/Demandatua: KUTXABANK

Procurador/a/ Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO

SENTENCIA N° 227/15

En Donostia / San Sebastián, a veintinueve de junio de dos mil quince

El Sr. D. Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil n° 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario n° 461/2014, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª FRANCISCA MARTÍNEZ DEL VALLE, en nombre y representación de XXXXXXXXXX, mayor de edad, domiciliada en Donostia - San Sebastián (Gipuzkoa), asistida del letrado D. JOSÉ Mª ERAUSQUIN VAZQUEZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Bilbao, con sucursal en Donostia / San Sebastián, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido de la letrada Dª ITZIAR SANTAMARÍA IRÍZAR, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Dª FRANCIS MARTÍNEZ DEL VALLE, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXXX, interpuso demanda frente a KUTXABANK S.A., alegando que había suscrito con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, hoy Kutxabank S.A., un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que había referenciado al interés IRPH-CAJAS con diferencial del 0,350, en el que existía una cláusula de vencimiento anticipado para el caso de transmisión de la vivienda por cualquier título a un tercero.

La parte actora mantiene que el interés mencionado no fue objeto de negociación, se le fue impuesto al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias cajas de ahorro, que por su fórmula de cálculo al ir desapareciendo cajas se facilita su manipulación, que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado y que la conversión de Kutxa, con quien se suscribe, en la actual Kutxabank influye al haberse convertido el prestamista inicial de Caja a banco. Añade que tampoco conoció ni se justifica la previsión de cancelación anticipada del préstamo por transmisión de la vivienda a un tercero por cualquier título.

Sustentándose 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, la parte actora sostiene que la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en lo relativo al índice de referencia, debe declararse nula y no desplegar ningún tipo de efecto, operando en su lugar el tipo sustitutivo que establece el propio contrato de préstamo, solicitando se reintegren las cantidades indebidamente cobradas desde el 1 de octubre de 2001.

En su demanda la parte actora también reclama se declare nula la parte de la cláusula cuarta que reza "Cuando la finca hipotecada deje de ser ocupada personalmente por la PARTE DEUDORA o cuando la ocupen total o parcialmente otra u otras personas, naturales o jurídicas, bien a título de arriendo, de subarriendo, de traspaso, de cesión, de usufructo o de cualquier otro, incluso el de precario".

SEGUNDO.- La demanda fue admitida, tras subsanar la omisión de tasa y apoderamiento, mediante decreto de 9 de junio 2014, en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO.- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., que se opone a la demanda, alegando que el IRPH Cajas es uno de los índices oficiales a los que alude el art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, regulado por 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.

La entidad demandada sostiene la validez del índice porque se basa, a diferencia de otros, 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 como apoyo a su tesis 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.

Entiende la contestación a la demanda que el índice fue objeto de negociación, por lo que 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.

Para concluir Kutxabank considera válida la cláusula de comisión por reclamación de deudas, que no entiende desproporcionada sino que indemniza por gestiones realmente realizadas, por todo lo cual reclama la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Tras tener por personado y parte a la demandada 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.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 30 de octubre de 2000 XXXXXXXXXXXX suscribe con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, cuya sucesora es KUTXABANK S.A. un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 96.161,94 € a devolver en 30 años.

SEGUNDO.- En tal contrato se dispuso que durante los 12 primeros meses el interés que se satisfaría por la cantidad prestada fuera del 4,5 % anual. A partir de entonces operaría interés variable en el modo previsto en la cláusula primera.

TERCERO.- La citada cláusula primera del contrato dice en su párrafo quinto: "El nuevo tipo será el resultante de incrementar en CERO CON TRESCIENTOS CINCUENTA PUNTOS porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con

garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre 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.

Esta referencia publicada por el Banco de España como T.A.E., se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los periodos de pago de interés previstos para esta operación.

Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para períodos anuales contados a partir de la finalización del primer periodo".

CUARTO.- La citada cláusula primera dispone en su octavo párrafo "Para el caso de que desaparezca en un futuro este tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés de referencia será el resultante de incrementar al EURIBOR un MARGEN DE UN PUNTO porcentual de interés, durante toda la vida de la operación"

QUINTO.- La escritura contiene también una cláusula cuarta que dice en su párrafo octavo "Cuando la finca hipotecada deje de ser ocupada personalmente por la PARTE DEUDORA o cuando la ocupen total o parcialmente otra u otras personas, naturales o jurídicas, bien a título de arriendo, de subarriendo, de traspaso, de cesión, de usufructo o de cualquier otro, incluso el de precario".

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 30 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 primera, reverso folio 31 de los autos.

El tercer hecho probado se constata del doc. nº 1 de la demanda, cláusula primera, reverso folio 31 y folio 32.

El cuarto hecho probado se aprecia en el mencionado doc. n° 1 de la demanda, cláusula primera, folio 32.

El quinto hecho probado aparece en la escritura presentada como doc. n° 1 de la demanda, cláusula cuarta, folio 37.

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

SEGUNDO.- Sobre los términos del litigio

La parte demandante insta 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. Explica que se ha incorporado de forma no transparente y además argumenta acerca de su abusividad. Añade además una solicitud semejante respecto a la cláusula de vencimiento anticipado en cuanto la habilita cuando la prestataria transmite por cualquier título la posesión del inmueble.

Considera la parte actora que el índice escogido se incorpora de modo no transparente tanto por su redacción, su determinación como información. Entiende abusivo el funcionamiento y cuantificación del IRPH, que afirma manipulable por la propia parte prestamista, pide que se extrañe 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. Entiende 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 reclama desde que comienza a operar.

La parte demandada mantiene, frente a tal pretensión, que no cabe el control pretendido conforme a los arts. 1 y 4.2 de la mencionada Directiva 93/13/CEE, que impide el control de cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, y su reflejo en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y afirma que tampoco cabe el control del precio del contrato. Además 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.

Finalmente argumenta frente a una inexistente pretensión de que se declare la nulidad de una cláusula de comisión por reclamación de posiciones deudoras, sin hacer consideración alguna a la que sí se insta, es decir, la pretensión de nulidad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado en cuanto puede operar si se transmite la propiedad o uso de la vivienda gravada con la hipoteca que garantiza el préstamo que sirve para financiarla.

TERCERO.- Sobre la clase de índice pactado

La escritura controvertida no identifica qué tipo de referencia utiliza, pero los términos en que está redactada evidencian que se trata del llamado IRPH (Índice de referencia de Préstamos Hipotecarios) Cajas. En efecto dice la cláusula primera que después del índice fijo que se señalada durante el primer periodo, el subsiguiente será el que se obtenga de "...la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre 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".

Si se utiliza una "... media simple de tipos de interés ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria ..." se emplea un índice de referencia que se calcula con préstamos hipotecarios, es decir, un IRPH. Como además esas operaciones son las otorgadas "...por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior ... ", se trata de un IRPH que concierne a las Cajas de Ahorro. En definitiva, aunque no se disponga claramente en la escritura, pero se admite por la demandada y resulta de los términos de lo pactado, el IRPH entidades.

CUARTO.- Sobre la pretendida imposibilidad de control del índice

Como impedimento para conocer del fondo de la cuestión argumenta Kutxabank que no es posible 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, que declaró 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. Además cita el art. 4.2 de la Directiva 93/13 que sostiene que "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".

Dos consideraciones merece tal alegación. La primera la expresa la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, que explica: "Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144199, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem", sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484108, caso Cajamadrid, consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad'.

La segunda consideración tiene que ver con el régimen jurídico que ha dispuesto la Directiva 93/13, que establece un mínimo de armonización de legislaciones nacionales diversas que puede ser elevado por la propia, siempre que atienda, cuando menos, a lo que se dispuso en la directiva. El considerando decimosegundo de la directiva lo expresa claramente al indicar 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".

La STJUE 3 junio 2010, C-484/08, caso Caja Madrid, ya mencionada por la antes transcrita STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013 subraya en § 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 en § 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".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, en el 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".

Luego la STJUE 30 abril 2014, C-26/13, caso Árpád Kásler, recoge ese parecer y 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 la mencionada STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, y además en las 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 ..., 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".

El máximo intérprete de la Directiva 93/13/CEE, que es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y nuestro Tribunal Supremo, consideran 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.

Debe añadirse que los tribunales puede que no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, pero desde luego si están para 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.

Para concluir ha de añadirse un último argumento. 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, el interés no es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil, ni 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 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93113/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>> ", doctrina reiterada en STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013. En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

De ahí que las objeciones que opone Kutxabank S.A. no puedan acogerse y haya de analizarse la cuestión planteada.

QUINTO.- Sobre la imposibilidad de control por reflejar normas imperativas y reglamentarias

Mantiene Kutxabank que se vulnera el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que dispone "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva". Menciona además su correspondiente transposición, el art. 4 LCGC, que deja fuera de su ámbito de aplicación "las condiciones generales que ... vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". Entiende que ambas normas disponen que no pueden aplicarse sus previsiones a cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias, o a las condiciones generales que reflejen los principios o disposiciones de convenios internacionales o disposiciones legales o administrativas.

Tras realizar esa afirmación se sostiene por la entidad demandada que al ser el IRPH Cajas un índice oficial, amparado por las previsiones del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito, se incurriría en la prohibición señalada. La norma ha sido derogada por Ley 10/2014, de 26 de junio, después de contestada la demanda. Hasta entonces el art. 48.2.e) facultaba al Ministerio de Economía a "Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios". Fruto de tal habilitación legal son la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre), que disponen la publicación oficial del interés IRPH Cajas, entre otros índices con idéntica consideración. Tal conjunto normativo autoriza al Banco de España a elaborar los índices oficiales con los datos que le facilitaban las Cajas de Ahorros. Es decir, se dispone de un índice oficial elaborado con datos suministrados por las entidades financieras que los van a usar en los contratos que suscriban con sus clientes.

Pero en el caso enjuiciado no se incorpora al préstamo hipotecario ni el art. 48.2.e) de la Ley 26/1988, ni las órdenes y circulares señaladas. Lo que dice el contrato es que el interés variable se calculará conforme al índice que explicita, que en definitiva es el IRPH Cajas aunque no se identifique como tal. El contrato no reproduce norma legal o reglamentaria, sino se remite a un índice, que tiene carácter oficial.

En tal sentido se ha pronunciado el FJ 10º de la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, no en cuanto al tipo de interés de referencia, sino en cuanto a una cláusula de limitación de la variabilidad de tipos de interés. Se trata, en definitiva, de la regulación del interés de un préstamo, y por lo tanto sus consideraciones pueden ser traídas a este asunto. Como se aprecia no se vulnera como pretende el demandante, por todo lo expuesto, ni el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE ni el art. 4 LCGC por analizar, la incorporación abusiva del índice al contrato.

SEXTO.- Sobre el carácter de condición general

La siguiente objeción que esgrime Kutxabank es que el índice escogido no es condición general de la contratación. El art. 1.1 LCGC dice que "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Sus notas son, como señala la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, en § 137, y STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, en el FJ 9º, la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Sobre la contractualidad debe afirmarse que si no se hubiera introducido en la escritura que formaliza el negocio, el préstamo se hubiera mantenido con el carácter naturalmente gratuito que reza el art. 1755 CCv. Es además una cláusula predispuesta, pese a lo que opone Kutxabank.

Apartaremos la obviedad de que el mismo día en que este litigio ha quedado visto para sentencia, en este mismo juzgado, entre distintos clientes y la misma entidad bancaria demandada, se han declarado conclusos para sentencia una treintena de procedimientos idénticos, donde varía el interés remuneratorio del primer período de abono pero es idéntica la cláusula tercera bis sobre interés variable referenciado al IRPH.

En cambio puede concluirse sobre tal predisposición porque basta revisar la redacción de la cláusula primera relativa al tipo de interés, para constatar que resulta altamente improbable que un profano en actividades financieras o jurídicas pudiera haberlo expresado en semejantes términos. La demandada reconoce en el último párrafo del hecho primero de la contestación a la demanda se admite que "la redacción del clausulado fue efectuado por Kutxa ...", de modo que aunque se proteste que hubo negociación, este conjunto de datos permite apreciar que la cláusula se redacta previamente por la entidad bancaria, de modo que está predispuesta por una de las partes.

Se niega también su imposición. Dice la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, FJ 9º.9, que "Hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150". Esa característica

también se presenta en el caso de autos, pues Kutxabank reconoce que el IRPH se utilizó de modo frecuente por su antecesora, Kutxa, y no hay rastro documental en la aportada por ambas partes, que permita apreciar la oferta de alguna opción para acogerse a otros índices también oficiales. Ante tal falta de prueba, lo que se concluye, puesto que nada se ha alegado en contra ni se ha justificado documentalmente o por medio de otros medios probatorios, que no se propusieron, es que a la cliente se le ofreció el préstamo referenciado al IRPH, pudiendo ésta sencillamente aceptarlo o rechazarlo.

Finalmente se caracteriza por su generalidad, es decir, su incorporación a una pluralidad de contratos, lo que propicia que se discipline de manera uniforme una determinada fórmula o producto. Esta característica también concurre en la fijación del índice IRPH CAJA, pues no se incluye en préstamos con garantía hipotecaria de modo excepcional o aislado, sino de forma muy extendida y generalizada entre los que se constituyeron con Kutxa. No lo niega la demandada frente a la alegación al respecto por la actora en el hecho segundo de la demanda, sino que sus extensas explicaciones al respecto ratifican tal impresión, por lo que conforme al art. 405.2 LEC puede tenerse por acreditada.

Decía también la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 en § 138, que para calificar una cláusula contractual como condición general de la contratación resulta irrelevante, por un lado, su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias, y por otro, que el adherente sea un profesional o un consumidor. En el mismo sentido la STS 8 septiembre 2014, rec. 127/2013 y la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013.

Cabe concluir, en definitiva, que en el caso de la cláusula de este contrato nos hallamos ante una condición general de la contratación.

SÉPTIMO.- Sobre la abusividad del índice IRPH Cajas por falta de transparencia

La cuestión nuclear del litigio es determinar si, como expone la actora en el hecho tercero de su demanda, se ha incorporado de modo no transparente la condición general de contratación que contiene el IRPH Cajas. Dice la actora que 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, a la normativa que la incorpora al ordenamiento jurídico nacional y a las exigencias de protección de consumidores de productos bancarios.

Su tesis se ha acogido por diversas resoluciones judiciales de este mismo Juzgado y de otros como la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 Guadalajara 2 febrero 2014, Juicio Ordinario nº 214/2014, Auto Juzgado 1ª Instancia nº 8 Almería 7 abril 2014, Ejec. Hipot. Nº 1244/2012, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 12 Madrid de 3 octubre 2014, Juicio Ordinario nº 823/2013, Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 Valladolid 18 febrero 2015, Juicio Verbal nº 725/2014, Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 7 Barcelona de 16 marzo 2015, Juicio Ordinario nº 551/2014 y 17 marzo 2015, Juicio Ordinario nº 861/2013, y Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Vitoria-Gasteiz 15 junio 2015, Juicio Ordinario nº 584/2014. Sin embargo nuestra Audiencia Provincial ha rechazado que se trate de un índice manipulable en SAP Gipuzkoa 23 enero 2015, rec. 2266/2014 y otras sucesivas.

Apartando por dicha razón todos los argumentos sobre tal manipulación, se mantiene por la actora también que hubo falta de transparencia en la incorporación de la condición general de la contratación que contiene el índice de referencia. Sostiene la demanda que no hubo negociación, sino que se impuso el índice, en franco perjuicio de los intereses del consumidor. Añade que el banco escogió el índice que le era más favorable, ya que siempre ha estado más alto que otros alternativos. Finaliza expresando que no hubo negociación individual y que, por ello, la cláusula es abusiva.

Para resolver la cuestión se aplicará la misma estructura en el razonamiento que el FJ 14º de la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013. Dice el apartado 3 de dicha resolución que "En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/ 2012, de 18 de junio, también afirmamos que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia)". El tipo de interés de referencia pactado IRPH Cajas, es condición general que define el objeto principal del contrato.

No cabe examinar su abusividad por su contenido, pero si es posible hacerlo en cuanto al doble control de transparencia que deriva de esa jurisprudencia.

Tras citar el doble control de transparencia añade el apartado 3 del FJ 14º de la citada STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013 que "Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá".

El primer control de transparencia es el documental o formal, es decir, que pueda entenderse que hay una previsión que suponga consecuencias. Tal control se supera en este caso, porque la previsión pone de manifiesto que el préstamo está sometido a un tipo de interés, el que explica la cláusula litigiosa.

El segundo control de transparencia es de comprensibilidad o material, y significa que el consumidor se haga una idea cabal de las consecuencias. Continúa diciendo al respecto la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, que "El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las

cláusulas no se referirá a [..] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados".

En este caso la cláusula controvertida no identifica claramente el tipo de interés. Ni siquiera la denomina "IRPH Cajas", aunque lo sea. Además no consta, como dice el Tribunal Supremo, que el consumidor haya podido "...comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado", pues no se ha aportado por la demandada, a quien corresponde la carga de la prueba de que la negociación se produjo (art. 82.2 RDL 1/ 2007). Ninguna prueba se presentó con tal finalidad, pues la única propuesta, documental, no pone de manifiesto que se ofertara al cliente el mismo préstamo referenciado a Euribor con un diferencial mayor, de modo que éste pudiera escoger entre una u otra clase de índice.

Tampoco hay prueba de que, como señala la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, el consumidor haya podido "...hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato ... ".No aporta Kutxabank la información que hubiera podido suministrar al cliente sobre el modo en que se comportaban los diferentes índices que pudiera estar ofertando, la tendencia de tales índices y su comparación con el IRPH hasta la fecha, o el diferencial entre unos y otros, lo que hubiera facilitado que el consumidor pudiera tener algún dato sobre las distintas consecuencias económicas que acarrearía optar por uno u otro tipo de referencia.

Dice al respecto la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, en FJ 14º.3, que "... las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio".

La utilización del índice de referencia IRPH en lugar del Euribor, que se dispuso como supletorio para el caso de desaparición del primero, implica una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pasa inadvertida para el adherente medio. El cliente de Kutxa no pudo conocer, porque no fue informado por la entidad, que el comportamiento de uno y otro eran muy diferentes, que casi siempre estuvo el IRPH por encima del Euribor, y que en consecuencia el importe del préstamo que había suscrito iba a ser superior porque el índice escogido suponía un mayor coste.

El préstamo litigioso se toma bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. 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, pero no el único.

Existiendo varios índices utilizables, la Kutxa incorpora, sin explicar al cliente las razones, el IRPH Cajas. No explica las razones de tal elección, no expone el diferente comportamiento entre índices, no realiza simulaciones o proyecciones que pongan de manifiesto tendencias o diferencias entre los posibles índices a mencionar en el contrato, ni presenta escenarios sobre el eventual comportamiento, en un sentido u otro, de los distintos tipos que pudieran haberse escogido.

La omisión de información sobre el particular supone una incorporación no transparente del índice, que trae consigo la consideración de abusiva de la mencionada condición general. Recordemos de nuevo la STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, pues su FJ 14º.4 recuerda la doctrina del TJUE sobre esta cuestión.

Dice la sentencia en el lugar que se ha indicado que "En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (apartado 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (apartado 72), que « del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ».

Y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove, tras declarar en su apartado 41 que a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que « la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él »" .

La demandante ostenta la condición de consumidor, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyo art. 1.2 define tal concepto de consumidor, no negado por la parte demandada. El art. 2 de tal norma establecía 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. 8 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. 13.1 decía que "Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales y, al menos sobre las siguientes: ... d) Las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, pues se ha incorporado de modo no transparente el índice de referencia del préstamo sin explicar las razones por las que se prefiere por la entidad, el diferente comportamiento de los índices oficiales, el eventual perjuicio que puede padecer el prestatario y las ventajas que podría haber obtenido. Como concluye la tantas veces mencionada STS 29 abril 2015, rec. 1072/2013, esa forma de incorporación acarrea su consideración de abusiva, y las consecuencias que al respecto dispone la normativa invocada por la parte demandante.

OCTAVO.- Sobre la nulidad y sus consecuencias

Dispone el art. 8.1 LCGC que "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". La referencia al índice que elaboran las cajas en sus préstamos hipotecarios de vivienda libre, contenida en la cláusula primera del préstamo controvertido, es decir, al IRPH Cajas, debe considerarse nula al ser abusiva su incorporación no transparente.

Dispone entonces 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 por ello, y por haberlo solicitado así el demandante, la nulidad de la cláusula que merece tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

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

Por lo tanto desde que opera la previsión contractual de aplicación del IRPH Cajas habrá de aplicarse el índice alternativo, Euribor más 1 %, debiendo la parte demandada reintegrar a los demandantes la diferencia entre lo que se abonó aplicando el índice anulado y el citado índice supletorio desde el 1 de octubre 2001, fecha en que comenzó a aplicarse.

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

NOVENO.- De 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, por lo que la cantidad a devolver se verá incrementada en su interés legal desde cada abono hasta hoy. 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.

DÉCIMO.- Sobre la previsión de vencimiento anticipado

También discute la actora el apartado de la cláusula cuarta, de vencimiento anticipado, que autoriza al banco a ejercitarla si cambia la propiedad de la finca sobre la que recae la garantía o se termina poseyendo por cualquier título por personas distintas de la prestataria. En general esta cláusula es admitida por la jurisprudencia (STS 2 enero 2006, rec. 1641/1999, 4 junio 2008, rec. 731/2001, 12 diciembre 2008, rec. 2027/2003, 16 diciembre 2009, rec. 2114/2005, o 17 febrero 2011, rec. 1503/2007), aunque lo contrario se mantuvo en STS 27 marzo 1999, rec. 2807/1994.

Nos encontramos ante una condición general de la contratación, pues afirmado por el actor no lo niega el demandado en su contestación a la demanda, de modo que puede considerarse acreditado conforme al art. 405 .2 LEC, aunque sin aquél podrían predicarse de esta previsión contractual consideraciones semejantes a las contenidas en el Fundamento Jurídico octavo de esta misma resolución en el caso del tipo de interés de referencia para remunerar el préstamo.

Hay que reconocer que constituye un exceso admitir que el cambio de titularidad, cuando la garantía real permanece, o la cesión del uso por cualquier título, suponga un incumplimiento esencial de las obligaciones con el prestamista que acarree la pérdida del derecho al plazo que se recoge en el contrato.

Sobre esta cláusula el § 73 de La STJUE 14 marzo 2013, caso Aziz, dijo que "...por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".

Atendiendo a dichas indicaciones, al tiempo de redactarse el primero de los préstamos, el Código Civil disponía en el art. 1129 CCv la posibilidad de pérdida del derecho a plazo en tres previsiones que nada tienen que ver con la de autos, esto es, que el deudor caiga en insolvencia, que no se otorguen las garantías comprometidas y cuando éstas desaparezca con propia voluntad o caso fortuito. En la más importante de las normas sobre cesión de la posesión a terceros, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) permitía al propietario la cesión del uso a cambio de renta sin excluir que la propiedad estuviera gravada con hipoteca. El art. 467 CCv permitía al propietario constituir usufructo siempre que se conserve "la forma y sustancia" de la cosa usufructuada, igual que otras normas autorizan el derecho de superficie o la cesión en precario.

Si el ordenamiento jurídico admitía dichas facultades al tiempo de suscribirse el contrato, la previsión analizada en la cláusula cuarta debe considerarse, al disponer justo lo contrario, excepcional. No aparece qué remedio pueda emplear la deudora para evitar su eficacia, ya que no se prevé en el contrato alguna facultad para oponerse al vencimiento si se continúa abonando puntualmente los plazos del préstamo, pero se transmite la propiedad del inmueble o se cede su uso a terceros. La equivalencia a la facultad extraordinaria del prestamista sería reconocer que el prestatario puede acreditar que la transmisión de la propiedad o la cesión de uso no van a disminuir la garantía que se ha constituido por el inmueble, pero nada hay previsto al respecto. En el modo en que está prevista la cláusula cuarta del contrato, un incumplimiento no sustancial, como es el cambio de titularidad o la cesión de uso, trae consigo la exigibilidad de la totalidad de la deuda.

Todo ello conduce a la conclusión de que la redacción de la cláusula de vencimiento anticipado que aquí se analiza no es equilibrada, sino desproporcionada, imposibilidad contra la que advierte la previsión del art. 10 bis LGDCU, y el art. 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. Opera entonces lo dispuesto en el art. 8.2 LCGC, por ser cláusula que merece, en la forma en que está redactada, la consideración de abusiva al imponer de forma no negociada individualmente, ya que no hay prueba de lo contrario, que como antes se dijo corresponde a la entidad demandada, y supone un serio desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, como por otro lado ya han dicho las SAP Madrid, Secc. 28\ 26 junio 2013, rec. 161/2012.

Todo ello conduce a que también se declare la abusividad y no incorporación de esta cláusula al contrato.

UNDÉCIMO.- Sobre la inscripción en el Registro de Condiciones Generales

De oficio debe incluirse una última consideración. Declaradas como condiciones generales de contratación la incorporación no transparente del índice IRPH Cajas y la previsión de vencimiento anticipado en caso de transmisión del dominio o cesión del uso del inmueble gravado con hipoteca, procede de conformidad con el art. 11 LCGC acordar la inscripción de la mismas en el Registro de Condiciones Generales una vez alcance firmeza esta resolución.

DECIMOSEGUNDO.- 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

F A L L O

1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a FRANCISCA MARTÍNEZ DEL VALLE, en nombre y representación de XXXXXXXXXXXX frente a KUTXABANK S.A.

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

"El nuevo tipo será el resultante de incrementar en CERO CON TRESCIENTOS CINCUENTA PUNTOS porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, aplazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre 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. Esta referencia publicada por el Banco de España como T.A.E., se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los periodos de pago de interés previstos para esta operación. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del primer periodo".

3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a la demandante la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que ha abonado desde el 1 de octubre de 2001 hasta la fecha, y a dejar de aplicar en lo sucesivo el IRPH sustitutivo que será sustituido por Euribor + 1 %.

4.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a la demandante interés legal de las cantidades reintegradas desde cada abono hasta hoy.

5.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a la demandante 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.- DECLARAR la nulidad de la cláusula CUARTA firmada entre la demandante y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el treinta de octubre de dos mil, en el apartado que dice: "Cuando la finca hipotecada deje de ser ocupada personalmente por la PARTE DEUDORA o cuando la ocupen total o parcialmente otra u otras personas, naturales o jurídicas, bien a título de arriendo, de subarriendo, de traspaso, de cesión, de usufructo o de cualquier otro, incluso el de precario"

7.- REMÍTASE al Registro General de Condiciones de la Contratación testimonio de esta sentencia, una vez firme, para la inscripción de las dos cláusulas anuladas.

8.- 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.