



Roj: **SAP SS 479/2015 - ECLI: ES:APSS:2015:479**

Id Cendoj: **20069370022015100185**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **2**

Fecha: **22/05/2015**

Nº de Recurso: **2141/2015**

Nº de Resolución: **125/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación LEC 2000**

Ponente: **FELIPE PEÑALBA OTADUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712

Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-14/005513

NIG CGPJ / IZO BJKN :20.069.47.1-2014/0005513

R.apelación L2 / E_R.apelación L2 2141/2015 - R

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / Donostiako 1 zk.ko Merkataritza-arloko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario 441/2014 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: KUTXABANK

Procurador/a/ Prokuradorea:SANTIAGO TAMES ALONSO

Abogado/a / Abokatua: ITZIAR SANTAMARIA IRIZAR

Recurrido/a / Errekurritua: Gabriel y Herminia

Procurador/a / Prokuradorea: FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE y FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE

Abogado/a/ Abokatua: JOSE MARIA ERAUSKIN y JOSE MARIA ERAUSKIN

SENTENCIA nº 125/2015

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dª. ANE MAITE LOYOLA IRIONDO

Dª. Mª TERESA FONTCUBERTA DE LATORRE

D. FELIPE PEÑALBA OTADUY

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintidós de mayo de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Gipuzkoa - Sección Segunda, constituida por los/as Ilmo/as. Sres/as. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles de Juicio Ordinario nº 441/2014 sobre nulidad de cláusulas contractuales del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián, a instancia de KUTXABANK (apelante - demandada), representada por el Procurador D. Santiago Tamés Alonso y defendida por la Letrada Dña. Itziar Santamaría Irizar, contra D. Gabriel y Dña. Herminia (apelados - demandantes), representados por la Procuradora Dña. Francisca Martínez del Valle y defendidos por el Letrado D. José María



Erausquin Vázquez; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 14 de noviembre de 2014 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 14 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián dictó Sentencia , que contiene el siguiente Fallo:

" **1.- ESTIMAR** íntegramente la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE, en nombre y representación de D. Gabriel y D^a Herminia 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:

" *Los intereses vendrán determinados, por un lado, por la cuantía de la deuda, y po (sic) otro, por la evolución del índice de referencia elegido, según la escala siguiente:*

*Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea superior a **CIENTO NOVENTA Y SITE MIL NOVECIENTOS EUROS (€ 197.900)** , la parte prestataria deberá pagar intereses a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de **0,300 puntos porcentuales** al IRPH-CAJAS.*

*Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea superior a **CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE EUROS (€ 158.320)** e igual o inferior a **CIENTO NOVENTA Y SITE MIL NOVECIENTOS EUROS (€ 197.900)** la parte prestataria deberá pagar intereses a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de **0,200 puntos porcentuales** al IRPH- CAJA.*

*Durante el tiempo en que la deuda pendiente sea igual o inferior a **CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS VEINTE EUROS (€ 158.320)**, la parte prestataria deberá pagar intereses a un tipo nominal que será el resultado de incrementar con un margen de **0,000 puntos porcentuales** al IRPH-CAJAS.*

Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

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

3.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a reintegrar a los demandantes la diferencia entre el IRPH Cajas y Euribor + 1 % que éstos han abonado desde enero de 2009 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 mayo de 2014 hasta hoy.

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

6.- DECLARAR la nulidad de la cláusula CUARTA firmada entre los demandantes y KUTXABANK S.A. en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes que dice: " *Comisión por reclamación de posiciones deudoras* " que dice: " *se satisfará por la parte prestataria una comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas o descubiertas y no satisfechas, por un importe de **QUINCE EUROS (€ 15,00)** por cada reclamación que se efectúe con ocasión de producirse estas posiciones* ",

7.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. al pago de las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la resolución de referencia, se interpuso Recurso de apelación contra ella que fue admitido, y elevados los autos a esta Audiencia se señaló día para Votación y Fallo el 18 de mayo de 2015.

TERCERO.- Ha sido el Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado. D. FELIPE PEÑALBA OTADUY.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del debate en la presente instancia*

Frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián que estima, en los términos recogidos en el primer antecedente de la presente resolución, la demanda interpuesta por D. Gabriel y D^a Herminia frente a KUTXABANK,S.A. ejercitando acumuladamente una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación prevista en el art. 8 de la ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) al objeto de que se declare la nulidad de la parte de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre las partes litigantes con fecha 3 de enero de 2006, en la que los intereses remuneratorios figuran referenciados al índice IRPH-Cajas, así como la nulidad de la cláusula cuarta del contrato sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras, y una acción en reclamación de cantidad al objeto de que se les reintegren las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de las indicadas cláusulas, se alza el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera interesando su revocación y la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante.

La parte apelante alega como motivos de su recurso, en síntesis, los siguientes:

1.- Sobre la naturaleza del índice oficial de referencia, su contenido y modo de elaboración, su evolución a lo largo de los años, las razones por las que las autoridades económicas han acordado su desaparición y el régimen transitorio fijado para llevarlo a cabo. 1.1.- El índice IRPH Cajas era uno de los siete índices oficiales definidos en la Circular 8/1990 que se introdujeron mediante la Circular 5/1994, de 22 de julio, en cumplimiento de lo establecido en la O.M. de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. El carácter oficial del índice, reconocido por el Banco de España, implicaba el cumplimiento de todos los requisitos de objetividad y transparencia exigibles para ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. 1.2.- Para su cálculo, cada entidad debe enviar mensualmente al Banco de España el tipo medio ponderado de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda libre por un plazo de tres o más años. Dicha previsión se mantiene de forma idéntica en la Circular 5/2012 que ha derogado la Circular 8/1990. Por lo tanto, no cabe admitir, tal y como señala la sentencia impugnada que las entidades establecen unilateralmente de forma caprichosa los diferenciales impuestos a sus préstamos. El sector financiero español es fuertemente competitivo y las condiciones e intereses de los préstamos se fijan en función de la oferta y la demanda sin posibilidad de ser impuestos por una de las partes. Según la tesis de la actora cualquier índice (incluso el IPC) sería susceptible de ser manipulado pero ello solo podría hacerse cometiendo graves irregularidades como una concertación anticompetitiva, alterando el precio de las subastas o corrompiendo a quien lo elabora. No podría ser utilizado ningún índice de referencia, ni siquiera el Euribor al que podrían imputarse todos los supuestos defectos de diseño que se imputan al IRPH, e incluso alguno más. 1.3.- No cabe admitir la afirmación de la actora respecto a la evolución del IRPH Cajas en relación con la evolución del Euribor. Si la actora se refiere a que el IRPH Cajas no ha seguido el descenso del Euribor es porque dichos índices operan en mercados diferentes, siendo el Euribor una referencia interbancaria de los mayores bancos de Europa. En la tabla comparativa entre el IRPH y el Euribor correspondiente al periodo de enero 2011 a agosto 2013, que la parte actora incluyó en su demanda, no se tuvo en cuenta que el interés sustitutivo pactado era el Euribor más un punto porcentual, resultando que la diferencia entre este tipo y el IRPH Cajas se mantuvo durante todo el año 2011 en medio punto y solo a partir de 2012 se incrementó hasta los dos puntos de diferencia a consecuencia de la inédita bajada del Euribor hasta alcanzar mínimos históricos. El interés concertado (IRPH Cajas), en el momento de suscripción del contrato de préstamo y a lo largo de los tres años anteriores, había tenido un valor inferior al acordado como sustitutivo (Euribor+1). 1.4.- El índice IRPH Cajas ha desaparecido del mercado financiero a consecuencia de la reestructuración del sector y de la conversión del negocio financiero de las cajas en bancos, quedando en la actualidad como índice que refleja el tipo de interés medio al que se conceden los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, el correspondiente al conjunto de las entidades de crédito que engloba el IRPH Cajas y el IRPH bancos. El mantenimiento de este índice, que es idéntico a los anteriores, excluye su carácter abusivo. También en el art. 27.1.b de la O.M. 2899/2011 se ha incluido una nueva modalidad de este índice IRPH Entidades de la Zona Euro, que elabora el Banco Central Europeo, que evidencia la confianza de las autoridades en el mismo y además en la Disposición Adicional 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se ha designado el índice IRPH Entidades como tipo de interés sustitutivo para aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan sin tener previsto otro índice sustitutivo en su clausulado. El reconocimiento de dicho índice con rango de ley excluye cualquier reserva respecto a esa supuesta manipulación que la parte demandante atribuye en su determinación. 1.5.- El proceso de desaparición de los índices IRPH Cajas y IRPH CECA se inició con la aprobación de la O.M. 2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuya Disposición Transitoria Única estableció que los índices de referencia vigentes a la entrada



en vigor de la ley continuaban siendo válidos, y su desaparición completa con todos los efectos se produciría transcurrido un año desde la entrada en vigor de la citada O.M. y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados. El desarrollo de la O.M. 2899/2011 se llevó a cabo mediante la Circular 5/2012 de 27 de junio, cuya entrada en vigor se produjo el día 6 de octubre de 2012. Y el régimen de transición se aprobó mediante la Disposición Adicional 15ª de la L. 14/2013 de 27 de septiembre, conforme a la cual el Banco de España dejaría de publicar los índices IRPH Cajas y IRPH CECA, desde el día 1 de noviembre de 2013, produciéndose la sustitución de los mismos por los respectivos índices sustitutivos previstos en los contratos, con efectos a la siguiente revisión del tipo de interés que tuviera lugar tras la referida fecha. La entidad apelante cumplió con lo dispuesto en dicho régimen transitorio puesto que en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrita con el demandante se pactó que la revisión del tipo de interés tendría lugar el día anualmente, aplicándose el último valor del IRPH Cajas publicado por el Banco de España en el mes anterior a la fecha de revisión, por lo que KUTXABANK aplicó el índice sustitutivo pactado en el contrato (Euribor+1) a partir del mes de octubre de 2014. El Juez de instancia interpreta erróneamente la Disposición Transitoria Única de la O.M. 2899/2011, entendiendo que los índices IRPH Cajas y IRPH bancos (CECA) desaparecieron transcurrido un año desde su entrada en vigor, situando tal desaparición en el día 29 de julio de 2013, sin tener en cuenta que dicha Disposición Transitoria añadía el inciso de "su normativa de desarrollo" y "siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados". Y por lo tanto la desaparición se produjo tras la publicación de la normativa de desarrollo, Circular 5/2012, que entró en vigor el día 6 de octubre de 2012 y teniendo en cuenta la fecha en la que se aprobó el régimen transitorio para los contratos afectados por la desaparición que se aprobó en la L. 14/2013 de 27 de septiembre. No existió ningún retraso del legislador en la aprobación del régimen transitorio ni la Caja apelante incumplió la obligación de aplicar el régimen sustitutivo pactado en el contrato. En relación con la referencia de la sentencia a la Directiva 93/13 y a la protección de consumidores y usuarios, hay que tener en cuenta que la expulsión del ordenamiento de los índices IRPH no ha tenido como causa ningún supuesto carácter abusivo, sino que obedece a la actualización de los índices tras la reforma del mercado financiero. Y aun admitiendo, a efectos dialécticos, que el legislador incurriera en un retraso en la aprobación del régimen de transición y que hubiera de interpretarse la Disposición Transitoria Única de la O.M. 2899/2011, en el sentido señalado en la sentencia, estaríamos ante un conflicto normativo entre la O.M. y la L. 14/2013 que habría que resolver a favor de esta.

2.- Sobre cómo el tipo de interés constituye un elemento integrante del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, el precio de éste, que es negociado entre las partes, y como en consecuencia no puede realizarse un control de abusividad sobre el contenido del mismo. 2.1.- La sentencia apelada considera que el tipo de interés del préstamo hipotecario que KUTXA (en aquellas fechas) concedió al demandante no forma parte del objeto principal del contrato, a los efectos de lo previsto en la Directiva 93/13/CEE, y por lo tanto cabe el control de su abusividad sobre su contenido. Pero tal consideración es errónea y no se corresponde con el criterio sentado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 al señalar que la cláusula suelo (que en aquel caso se analizaba) forma parte del precio inescindible que debe pagar el prestatario y que en consecuencia se refiere al objeto principal del contrato. En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. 2.2.- Pero aun admitiendo que el pacto sobre el tipo de interés pudiera haberse incorporado al contrato como una condición general de contratación, el control de abusividad de su contenido estaría vedado por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que no permite la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, la adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. 2.3- Y respecto al posible control de transparencia de las cláusulas definidoras del objeto principal del contrato al que se hace referencia en las sentencias del T.S. citadas, hay que recordar que en el presente caso la parte actora no cuestionó el modo en que el índice de referencia se incorporó al contrato ni el cumplimiento por parte de la entidad prestamista de las obligaciones impuestas por la O.M. de 5 de mayo de 1994. El actor recibió con carácter previo a la firma del préstamo, la oferta vinculante en la que se especificaba que el tipo de interés de referencia para determinar el interés variable sería el IRPH Cajas. La actora no ha alegado el incumplimiento de las disposiciones en materia de transparencia, cuyo examen queda fuera de la competencia del Juez de lo Mercantil, a quien solo compete el examen de las acciones que versen sobre condiciones generales de contratación. La acción de la actora se ha ceñido al supuesto carácter abusivo, por manipulable, del índice IRPH Cajas, que nada tiene que ver con los controles de inclusión y transparencia.

3.- Sobre la imposibilidad de control por reflejar normas imperativas y reglamentarias. KUTXA únicamente pactó con la parte actora referenciar el tipo de interés variable del préstamo al IRPH Cajas, y así se recogió en la cláusula tercera bis del contrato, pero la definición de este índice y su forma de elaboración y publicación por parte del Banco de España tiene carácter reglado, viene impuesto por normas imperativas y, en consecuencia,



ni forma parte de la cláusula contractual, ni puede ser objeto de una acción de nulidad de condiciones generales de contratación.

4.- Sobre el carácter de condición general de la contratación de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo. Dicha cláusula no es una condición general de la contratación, porque fue resultado de la negociación con los prestatarios, como puede deducirse de la oferta vinculante ofrecida. No se dan las notas de predisposición e imposición que definen las condiciones generales.

5.- Sobre la ausencia de abusividad del índice oficial IRPH Cajas al que se referenció el préstamo y sobre la ausencia de incumplimiento por KUTXA de ninguna de las disposiciones normativas cuya contravención le imputó el Juzgador *a quo*. 5.1.- El juzgador de instancia considera que ha quedado demostrada la capacidad de la entidad prestamista para influir en la determinación del índice, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 1256 del C. Civil. Pero tal criterio resulta incompatible con el funcionamiento del mercado financiero español, con una elevada competencia que impide que una entidad pueda imponer a sus clientes el precio de sus operaciones sin someterlo a la ley de la oferta y la demanda. En el caso, contemplado en la sentencia, de que todas las Cajas de Ahorros se hubieran puesto de acuerdo para subir el tipo de interés por encima de los valores de mercado, la consecuencia hubiera sido que los potenciales clientes de dichas Cajas se hubieran decantado por contratar con cualquiera de los bancos o entidades de crédito que se ajustasen en sus ofertas a las leyes del mercado. 5.2.- Tampoco se comparte el criterio del Juzgador de instancia cuando señala que el índice IRPH Cajas, por la forma de su elaboración, contravendría el art. 6.2 de la O.M. de 5 de mayo de 1994. Este precepto establecía los requisitos que debían cumplir los índices que las entidades de crédito fueran a utilizar como índices de referencia en préstamo hipotecarios señalando que "no podían depender exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni ser susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdo o prácticas conscientemente paralelas con otra entidades". Ello dio lugar a que el Banco de España seleccionara, en la Circular 5/1994 (en virtud de la delegación normativa prevista en la O.M.), un restringido grupo de seis índices oficiales ente los que figuraba el IRPH Cajas. Y tal reconocimiento implicaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma así como la ausencia de influencia de las entidades de crédito para su determinación. 5.3.- La sentencia considera que existe una contravención normativa en el hecho de que KUTXABANK comunicara mensualmente al Banco de España los datos relativos a los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda, con los que posteriormente el Banco de España elaboraba y publicaba el índice IRPH Cajas. Pero tal comunicación no constituye ningún incumplimiento normativo sino que se ajusta a lo dispuesto en la Norma Segunda de la Circular 8/1990, que también regulaba el modo en que el Banco de España aplicaba la fórmula matemática para fijar dicho índice. 5.4.-Y tampoco cabe admitir el incumplimiento que el juzgador atribuye a la apelante, respecto a la L. 2/2009 de 31 de marzo, porque dicha norma regula la actividad de personas que "no teniendo la condición de entidad de crédito" se dedican profesionalmente a la intermediación de préstamos hipotecarios, tal y como señala el art.1 de la norma al regular su ámbito de aplicación. 5.5.- La parte final del fundamento jurídico séptimo de la sentencia parece pasar a sustentar el fallo en un supuesto defecto de información, no alegado por la parte actora puesto que la acción ejercitada se basó exclusivamente en el supuesto carácter manipulable del IRPH Cajas y en la abusividad intrínseca del mismo. Y los incumplimientos en materia de transparencia a los que se refiere el juzgador son los alegados por la actora al señalar la contravención del art. 6.2 de la O.M. de 5 de mayo de 1994 al entender que el índice dependía de las entidades prestamistas y que era manipulable. La parte actora no ha alegado ninguna falta de información sobre las condiciones del préstamo en el momento de formar su voluntad negocial, ni ha cuestionado la validez del consentimiento prestado al formalizar el contrato, por lo que es errónea la apreciación del juzgador al considerar que no consta la información precontractual. Dicha información consta porque se aportó, con la contestación a la demanda, la oferta vinculante con las condiciones del préstamo sin que dicho documento haya sido cuestionado por el demandante. Por ello la sentencia incurre en *incongruencia extra petita* al introducir un nuevo elemento (la falta de información) sobre la que nada manifestó el actor, generando a KUTXABANK la consecuente indefensión al no poder articular los medios de defensa oportunos. La sentencia incurre en contradicción al señalar en primer lugar que la contravención del art. 1256 del C.Civil y del art. 6.2 de la O.M de 5 de mayo de 1994 conllevaría la nulidad del índice IRPH, para a continuación señalar que la nulidad debe declararse por la falta de información al demandante, que se introduce de forma nueva en la sentencia. Y además, la información a que se refiere el juzgador es la de exigir a la entidad bancaria información sobre su supuesta capacidad para influir en la determinación del índice IRPH, que nunca podría proporcionarse, porque no existe.

6.- Sobre la ausencia de abusividad de la comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas y no satisfechas. 6.1.- Su nulidad también se declara en la sentencia de instancia por no haberse acreditado cual es el efectivo coste que le supone a la entidad bancaria los gastos de su reclamación. No se declara que la cláusula sea abusiva en sí misma, y el real coste que puede suponer es variable, puesto que es distinto el que resulta de enviar una carta automatizada al que supone contratar los servicios de un abogado para



enviar un requerimiento notarial de pago. 6.2.- El demandante pretendía una declaración de nulidad intrínseca sin alegar si el importe de quince euros estaba justificado por el coste de las gestiones. Y por lo tanto la entidad demandada nada alegó para acreditarlo. La sentencia incurre en incongruencia *extra petita* al fundar el pronunciamiento en una causa que no fue alegada por el actor. 6.3.- La comisión por reclamación de posiciones deudoras aplicada por la entidad apelante es legal porque cumple los requisitos establecidos en la O.M. 2899/2011 y es conforme a los criterios del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La parte prestataria fue correctamente informada sobre dicha comisión en la oferta vinculante y en la escritura pública, por lo que no existe ilicitud en la cláusula que establece dicha comisión.

La representación de . Gabriel y D^a Herminia se opone al recurso de apelación formulado de adverso e interesa su desestimación y la confirmación íntegra de la sentencia impugnada con condena en costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Incongruencia extra petita

Vistos los términos en que ha quedado formulado el recurso de apelación, procede analizar con carácter previo el vicio procesal invocado, esto es, la incongruencia *extra petita* de la sentencia.

El art.11.3 LOPJ recoge la obligación de todos los jueces y tribunales de dar respuesta a las cuestiones planteadas, estableciendo el art. 218 LEC en su apartado primero que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate.

Como declara la STS de 1 de septiembre de 2014 , "En relación al presupuesto de congruencia debe señalarse, tal y como se expone en la STS de 18 mayo 2012 (núm. 294, 2012), que constituye doctrina de esta Sala que el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso se cumple cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica (STS de 14 de abril de 2011 , ROJ 2898, 2011).

El juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa, por tanto, de la confrontación entre su parte dispositiva -dictum- y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, la -causa de pedir-, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio -petitum- o pretensión solicitada, (ST de 13 de junio de 2005). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (SSTS de 30 de marzo de 1988 , y 20 de diciembre de 1989). En parecidos términos, cabe señalar que esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto, concediéndolo o denegándolo en todo o en parte (STS de 4 de octubre de 1993)".

O como declara la STS de 27 de septiembre de 2011 : "el deber de congruencia, consistente en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 de la LEC, y hoy del 218 de la LEC 2000 , la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión. De lo expuesto se deduce que para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la *causa petendi* (causa de pedir), que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras".

Por consiguiente, la incongruencia ha de resultar de la comparación de lo postulado en la demanda y los términos del fallo combatido, sin que la exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal.



En primer lugar, y por lo que respecta a la cláusula tercera bis, la demanda interpuesta hace referencia tanto a la falta de transparencia en cuanto a la redacción, determinación e información del índice IRPH Cajas (hecho tercero de la demanda), así como respecto al carácter influenciado por la entidad financiera del indicado tipo de interés (hecho cuarto de la demanda), haciendo referencia al carácter abusivo de las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario (art. 85 LGDCU).

A tenor de lo expuesto, se ha de concluir que la acción ejercitada por la parte actora no se basaba exclusivamente en el supuesto carácter manipulable del IRPH Cajas y en la abusividad intrínseca del mismo, sino también en la deficiente información.

Por otra parte, la sentencia de instancia aprecia la nulidad de la cláusula, al amparo de lo dispuesto en los arts. 8.1 LCGC y 6.3 CC porque se han vulnerado normas de naturaleza imperativa (arts. 1.256 CC y 13.1 LGDCU) en la medida en que se incluye la referencia al IRPH Cajas sin explicitar la influencia que la prestamista en su conformación y cuantificación.

Y, en consecuencia, no cabe aceptar, tal y como sostiene la parte apelante, que la sentencia sustenta el fallo estimatorio de la pretensión de la parte actora en un supuesto defecto de información no alegado por la parte actora.

En relación a la cláusula cuarta, mantiene la apelante que la sentencia de instancia funda el pronunciamiento en una causa que no fue alegada por la parte actora, pues no señaló si el importe de treinta euros (por error se dice quince) estaba justificado por las gestiones.

Ahora bien, la parte demandante sostiene la nulidad de la cláusula que establece una comisión por reclamación de posiciones deudoras porque "Las referidas comisiones no obedecen ni a un gasto que haya debido asumir ésta, y prueba de ello es que la entidad no ha efectuado ningún tipo de reclamación, habiéndose limitado a repercutir en su cuenta las referidas comisiones" "Como viene señalando el Banco de España, la comisión no responde a un servicio real prestado, y supone un doble cobro por un mismo concepto ya que la propia entidad impone el pago de unos intereses de demora".

A tenor de lo expuesto, es claro que la parte actora argumentaba que el importe fijado en la cláusula no respondía a gestión alguna, por lo que no cabe entender que el Juzgador de instancia se separe de la causa de pedir de la parte actora

Por todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que la sentencia impugnada no adolece de incongruencia *extra petita* .

TERCERO.- Cláusula tercera bis. Índice IRPH Cajas

1.- Sobre la naturaleza del índice IRPH Cajas. Razones por la que se ha acordado su desaparición.

Cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario que nos ocupa, se encontraba vigente la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de Julio de 1988, en cuyo artículo 48 se determinaba que "Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para establecer y modificar las normas de contabilidad y los modelos a que deberá sujetarse el balance y la cuenta de resultados de las entidades de crédito, así como los balances y cuentas de resultados consolidados previstos en la Ley 13/1985, de 25 de Mayo, disponiendo la frecuencia y el detalle con que los correspondientes datos deberán ser suministrados a las autoridades administrativas encargadas de su control y hacerse públicos con carácter general por las propias entidades de crédito. En el uso de esta facultad, cuyo ejercicio podrá encomendar el Ministro citado al Banco de España, no existirán más restricciones que la exigencia de que los criterios de publicidad sean homogéneos para todas las entidades de crédito de una misma categoría y análogos para las diversas categorías de entidades de crédito. Para el establecimiento y modificación de las señaladas normas y modelos, con la excepción de los estados contables reservados, será preceptivo el informe previo del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas".

En el desarrollo de la misma se dictó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, la cual, además de hacer extensivas al conjunto de las entidades de crédito las normas que en las citadas materias estableció ya para las entidades de depósito la Orden de 3 de marzo de 1987, así como refundir su contenido con el de la Orden de 16 de junio de 1988 y complementarlas con algunas disposiciones que la experiencia adquirida aconsejaba, establecía en su Disposición Final Primera que "Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden y, en particular, para: Determinar la forma en que se publicarán los tipos de interés mencionados en el número tercero. Definir el concepto de tipo de interés preferencial mencionado en el punto 1 del número tercero".

La actualización de las previsiones contenidas en dicha normativa se produjo con la publicación de la Orden 2899/2011, de 28 de Octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que estableció



un plazo para la desaparición de los índices o tipos de referencia, que se concreta en el plazo de un año, pero contemplando en su Disposición Transitoria Única, el régimen transitorio de índices o tipos de referencia, estableciendo que dichos índices o tipos de referencia habían de continuar siendo considerados "aptos" y que el Banco de España había de continuar encargándose de su publicación, como lo había estado haciendo hasta ese momento.

En cuanto a las razones que motivaron su desaparición, alegadas también por la entidad apelante, el Preámbulo de la citada Orden 2899/2011, de 28 de Octubre, señala que, dentro del sector financiero, la defensa de la clientela ha pivotado tradicionalmente sobre dos ejes, cuales son la normativa prudencial y de solvencia de las entidades de crédito y la legislación financiera, que cuenta también con un sistema especial de protección directa del cliente, que esta normativa de transparencia se ha venido desplegando en España a través del desarrollo del artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, siendo así que el primer desarrollo reglamentario que vino a dar contenido a la mencionada regulación tuvo lugar con el dictado de la Orden de 12 de Diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y, posteriormente, con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario, entró en vigor la Orden de 5 de Mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Precisa también que en este punto la normativa común o general de transparencia española (Órdenes Ministeriales de 1989 y 1994 y Circular 8/1990 del Banco de España que las desarrolla) ha quedado injustificablemente obsoleta, debido a los referidos avances de la regulación sectorial y a causa de la enorme transformación que ha sufrido la comercialización de servicios bancarios, habiendo tratado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de llevar a cabo un avance sustancial en materia de transparencia bancaria, mediante la introducción en nuestro ordenamiento de un nuevo enfoque de intervención regulatoria, con la finalidad de fomentar la responsabilidad en el préstamo, y mediante la concesión de la facultad expresa a la Ministra de Economía y Hacienda de aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, siendo fruto de dicha facultad precisamente la Orden en cuestión, cuyos objetivos han sido concentrar en un único texto la normativa básica de transparencia, actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario y desarrollar los principios generales previstos en la referida Ley de Economía Sostenible, en lo que se refiere al préstamo responsable, al tiempo que, adicionalmente, aborda otras áreas sustanciales, cuales son el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda, y a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994, refuerza específicamente la transparencia, en lo que se refiere a determinados servicios, tales como las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés, y regula los que serán tipos de interés oficiales, conforme a la habilitación incluida en el ya mencionado artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, respondiendo a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito. Y finaliza puntualizando que "La presente orden se dicta en uso de las habilitaciones expresamente conferidas al Ministro de Economía y Hacienda en los artículos 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria".

2.- La cláusula controvertida es condición general de la contratación

El apartado 1 del art.1 LCGC dispone 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.

La STS 241/2013, de 9 de mayo, establece que constituyen requisitos de las mismas los siguientes: a) contractualidad: se trata de cláusulas contractuales y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión; b) predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula; y d) generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin (apartado 137).



Igualmente, indica la citada resolución que la LCGC no contiene regla alguna sobre la carga de la prueba del carácter negociado de las cláusulas predispuestas incorporadas a los contratos a diferencia de lo que acontece en el supuesto de las cláusulas abusivas, en relación con las que el segundo párrafo del artículo 82.2 TRLCU dispone que "[e]l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba" -a tenor del artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE "[e]l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba"- en el caso de condiciones generales en contratos con consumidores es aplicable la expresada regla (apartado 160).

En todo caso, la prueba de un hecho negativo como es la ausencia de negociación constituye una prueba imposible o diabólica, por lo que la distribución o reparto de la carga de la prueba, que responde a principios de oportunidad, justicia distributiva e igualdad de partes, debe hacer recaer sobre el profesional que afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente la carga de acreditar dicho extremo, porque tiene la facilidad probatoria para acreditar hechos positivos.

La parte apelante mantiene que la cláusula controvertida no tiene carácter de condición general de la contratación, puesto que la misma no fue predispuesta, ni impuesta, existiendo una verdadera negociación entre las partes, tal y como se deduce de la oferta vinculante ofrecida.

En relación al primer extremo, como señala la sentencia impugnada, la parte demandada reconoce en el último párrafo del hecho primero de la contestación a la demanda que "la redacción de la cláusula fue efectuada por Kutxa", luego está admitiendo que fue prerredactada por ella.

En relación al segundo extremo, no se ha acreditado el mismo, y el hecho de que se efectúe una oferta vinculante por parte de la entidad bancaria no significa que la concreta cláusula controvertida haya sido objeto de negociación por las partes, tan sólo evidencia que fue conocida por el cliente con anterioridad a la suscripción del contrato. Como señala la citada STS 241/2013, de 9 de mayo, es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157).

Por todo lo cual, esta Sala considera totalmente acertada la conclusión del Juzgador de instancia de que la cláusula controvertida es condición general de la contratación.

3.- Control de abusividad del índice IRPH Cajas

3.1.- Imposibilidad de control por reflejar normas imperativa y reglamentarias

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que tiene por objeto la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como regulación en las condiciones generales de la contratación dispone en el párrafo segundo de su artículo cuarto: "Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes". Por su parte la indicada Directiva señala en su art.1.2 que "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva".

Como declara la Exposición de Motivos de la LCGC la exclusión objetiva del ámbito de la citada norma atiende a ciertos contratos que por su características específicas, por la materia que tratan y por alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley". Por tanto, el fundamento de exclusión de la posibilidad de control de las condiciones generales se encuentra en la alienidad de la idea de predisposición contractual al ser impuestas por disposiciones legales o administrativas de carácter general y aplicación obligatoria.

En el caso de autos la cláusula controvertida se limita a fijar que el tipo de interés variable aplicable al préstamo hipotecario será el resultante de aplicar el IRPH Cajas.

Por tanto, y con independencia de que se encuentre normativamente regulado el proceso para la determinación del referido índice, la cláusula controvertida no viene regulada específicamente por una disposición legal o administrativa y mucho menos resulta de aplicación obligatoria para los contratantes. Y, en consecuencia, esta Sala comparte la conclusión del Juzgador de instancia de que no está excluida del ámbito de control de la LCGC.



3.2.- Imposibilidad de control por venir referida la cláusula controvertida al objeto principal del contrato

En efecto, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 dispone: 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.

El Juzgador de instancia entiende que cuando la Directiva habla de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse que se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan, apoyándose para ello en los apartados 42, 49 y 50 de la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, caso Arpad Kásler . Por otra parte, entiende que, de acuerdo con el art. 1.755 CC , el interés no es la causa del contrato de préstamo, pues éste puede ser gratuito y, por tanto, el objeto principal del contrato no desaparece aunque no haya pacto de interés.

Esta Sala conoce el criterio de interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1.993 , mantenido en la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, caso Arpad Kásler , pero entiende que en el caso sometido a nuestra consideración en el que las partes han pactado expresamente el devengo de interés, la cláusula que establece el interés variable constituye una cláusula que determina el precio que debe pagar el prestatario y, en cuanto tal, no cabe calificarlo como pacto accesorio, porque define el objeto principal del contrato.

En todo caso, como expone la sentencia recurrida, ello no impide el control de abusividad con arreglo a la normativa española, como señalan las SSTs de 2 de marzo de 2011 y 9 de mayo de 2013 .

En este sentido, la STS 24172013, de 9 de mayo, señala: "194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g) , y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice 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", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTs 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato".

Y, en consecuencia, procede desestimar este motivo de recurso alegado por la parte apelante.

4.- Nulidad de la cláusula por vulneración de normas de naturaleza imperativa (arts. 1.256 CC y 13.1 LGDCU).

4.1.- Señala el Juez de instancia que, pese a que el índice IRPH Cajas se trata de un índice oficial, la entidad prestamista influye en su determinación porque proporciona los datos para su cálculo, que varía en función de que los préstamos concedidos (por las Cajas) se concierten a un interés superior o inferior. Y habida cuenta del aumento de influencia de las Cajas de Ahorros, por la desaparición de muchas de ellas, el Juez de instancia entiende que la prohibición del art. 1256 del C. Civil (la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes) queda comprometida, puesto que en caso de que todas las Cajas se hubieran puesto de acuerdo para elevar los tipos de interés de sus préstamos, el índice IRPH Cajas habría subido.

Pues bien, en relación con la posibilidad de manipulación de índices oficiales, conviene recordar que en el tráfico actual, y no solo en el mercado financiero, se aplican índices de referencia para fijar precios y prestaciones en productos y contratos. Así ocurre con el I.P.C., de extrema importancia para regular los incrementos salariales o de rentas arrendaticias, por citar solo un ejemplo. La aplicación de tales índices es aceptada por las empresas y consumidores ante la evidente la necesidad de referencias en las transacciones económicas y en la determinación de productos, precios y salarios.

Dentro del sector financiero, los índices oficiales siguen existiendo en el ámbito de la Comunidad Europea. Concretamente en España, los tipos de interés de referencia oficiales son los que se establecen en el artículo



27 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre y se definen en la norma decimocuarta y anejo 8 de la Circular del Banco de España 5/2012. De acuerdo con lo dispuesto en dicha Orden y Circular tenemos: Referencia interbancaria a un año (euribor); Tipo interbancario a un año (mibor); Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública; Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito; Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro; Permuta de intereses/ Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.

No deja de llamar la atención que se cuestione el IRPH Cajas y se interese la aplicación del Euribor. Este se constituye por "la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un años calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación". Como se advierte, el cálculo del indicado índice es complejo, admitiéndose en la contratación aunque el consumidor no conozca los cálculos matemáticos que se verifican para su determinación y que son sometidos al control de los correspondientes organismos de regulación. Igualmente, cabría predicar el carácter influenciado y manipulable del citado índice. Por tanto, si el euribor se admite como válido por tratarse de un índice oficial, y se aplica como sustitutivo conforme a lo pactado, la misma validez se ha de reconocer al IRPH Cajas.

Por otra parte, no cabe admitir los razonamientos de la sentencia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Cajas, puesto que: a) Se trata de un índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas, que en la propia sentencia se contempla como una mera especulación, solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades (Cajas en este caso), para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica.

Y ello porque, aun en la hipótesis, contemplada en la sentencia, de que las Cajas de Ahorro se hubieran puesto de acuerdo para subir los intereses de sus préstamos, tal incremento, además de ser ilegal, no hubiera reportado beneficio alguno a las Cajas, puesto que ante la subida de sus tipos de interés, los prestatarios hubieran acudido a solicitar sus préstamos a los bancos; y lo mismo hubiera ocurrido a la inversa, en caso de que los bancos se hubieran puesto de acuerdo para elevar los intereses que ofrecían a sus clientes. Por lo tanto, la supuesta posibilidad de manipulación contemplada en la sentencia como una hipótesis sin fundamento (desde el momento en que el juez señala que "no tiene por qué haber ocurrido"), en modo alguno puede sustentar la nulidad de la cláusula controvertida por vulneración del art. 1256 C.C .

4.2.- La sentencia apelada declara también, con fundamento legal en el art. 13 1. LGDCU que contempla el derecho del consumidor a ser informado de las condiciones esenciales del contrato, la nulidad de la cláusula por falta de información al prestatario de los datos necesarios para que conociera la influencia que tenía la prestamista en la conformación del índice de referencia que iba a aplicarse una vez transcurrido el primer período de interés fijo.

Ahora bien, si hemos concluido en el apartado anterior excluyendo la posibilidad de manipulación o influencia en la determinación del IRPH Cajas por parte de KUTXABANK, es evidente que ninguna obligación existía de proporcionar información sobre tal extremo y el pronunciamiento en cuestión debe entenderse erróneo sin más consideraciones.

Por último, la parte demandante también alude a la falta de transparencia en la información, pero lo plantea desde el punto de vista del error como vicio de consentimiento cuando manifiesta que de haber conocido la evolución del IRPH Cajas en relación con el Euribor, y de haber podido elegir el tipo de interés aplicable, nunca hubiera optado por aquél, lo que queda fuera del ámbito de conocimiento del Juzgado de lo Mercantil, pues no resulta controvertido que la acción ejercitada es una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación al amparo el art.8 LCGC, y no una acción de nulidad contractual por vicio de consentimiento. O bien alude, con cita del apartado 76 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 , a que habrá de comprobarse que el profesional ha tratado de manera leal y equitativa con el consumidor, de manera que podría estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual, lo que nos sitúa en el ámbito de la nulidad de la condición general de contratación por abusividad contemplada en el art.8.2 LCGC.



Por todo lo cual, no procede declarar la nulidad de la cláusula por vulneración del art. 8.1 LCGC.

CUARTO.- *Análisis de la pretensión no resuelta expresamente en la sentencia de instancia*

Tal y como se desprende de lo dispuesto en los arts. 456.1 y 465.4 LEC , el recurso de apelación supone trasladar al órgano superior ante el que se interpone la plena jurisdicción sobre el caso en idéntica situación a la del Juzgado de instancia, no sólo en lo que respecta a la subsunción de los hechos en las normas jurídicas, sino para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, si bien las facultades revisoras se hallan limitadas por una doble consideración:

1.- La prohibición de la "reformatio in peius ", esto es, que con relación a un pronunciamiento apelado y que lógicamente el apelante solamente recurre en la medida que el mismo le es perjudicial, pero no en la que le beneficia, y respecto del cuál la otra parte no se haya adherido a la apelación, el Tribunal de la alzada no puede hacer un pronunciamiento que, para el apelante, sea más gravoso y perjudicial que ya lo era el recurrido, y que veda por tanto al Tribunal hacer pronunciamientos que graven la situación que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia.

2.- Por la imposibilidad de entrar a conocer o decidir sobre los extremos que hayan sido consentidos por las partes por no haber sido objeto de impugnación, siendo entonces las concretas peticiones que el apelante o apelantes hayan formulado las que, en consecuencia, delimitarán el ámbito del recurso, según la máxima conocida "tantum appellatum, quantum devolutum", y de conformidad, en definitiva, con el principio dispositivo que informa el proceso civil.

En este sentido, como señala la STS de 15 de octubre de 2014 , con cita de la sentencia de 25 de noviembre de 2010 , "el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le hubieran sido trasladadas, pues, en virtud del principio "tantum devolutum quantum appellatum" (solo se defiende al tribunal superior aquello que se apela), los pronunciamientos de la sentencia apelada a los que no se extienda la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, so pena de incurrir en una "reformatio in peius" (reforma peyorativa) y en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por incongruencia "extra petita" (más allá de lo pedido). Esa doctrina fue sustentada en diversas sentencias, como las números 108/2007, de 13 de febrero , 1335/2007, de 10 de diciembre , y 883/2011, de 7 de enero " .

Ahora bien, la indicada STS de 15 de octubre de 2014 precisa: "En definitiva, de la aplicación al caso de esa doctrina deriva la consecuencia de que, cuando -como sucede en él- en la demanda o en la reconvenición se hubiera pretendido la declaración de la nulidad de un modelo de utilidad por diversas causas, si el órgano judicial de la primera instancia la hubiera estimado por una, sin haberse pronunciado sobre las demás, por parecerle innecesario hacerlo, el Tribunal de apelación, para dar una respuesta exhaustiva a lo que se le plantea, deberá examinar si las silenciadas concurrían o no, en el caso de que entendiera que no lo hace la que había sido expresamente declarada.

Por el contrario, cuando el órgano judicial de la primera instancia hubiera examinado todas las causas de nulidad invocadas en la demanda o en la reconvenición y declarado concurrente una y no las demás, su sentencia -de ser apelada por el litigante que, en el caso, defendía la validez del modelo de utilidad- no sólo habrá sido favorable para quien pretendió la declaración de nulidad, en cuanto estimatoria de dicha pretensión, sino también desfavorable, en cuanto en ella se enjuició y decidió rechazar la declaración de la nulidad por las demás causas alegadas, desde el momento en que la otra parte la recurrió en apelación.

Dicho con otras palabras, en este segundo caso, al ser la sentencia de la primera instancia desfavorable, en esos términos, para quien había pretendido la declaración de nulidad por las tres causas, tal litigante, para llevar a la segunda instancia las pretensiones de nulidad motivadamente desestimadas, deberá impugnar la sentencia - artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, de modo que, si no lo hace, el Tribunal de apelación no incurrirá en incongruencia omisiva por no pronunciarse sobre ellas".

Como se ha expuesto, la parte demandante ejercita una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación prevista en el art. 8 de la ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) indicando que en el presente caso concurren los dos motivos de nulidad que contempla el citado precepto.

Igualmente, ya se ha referido que la sentencia de instancia aprecia la nulidad de la cláusula conforme lo dispuesto en el art. 8.1 LCGC, y si bien es cierto que alude a la falta de información de los prestatarios, no se pronuncia expresamente sobre si procedería declarar la nulidad de la cláusula por concurrir el supuesto previsto en el art. 8.2 LCGC. Y, en consecuencia, procede que la Sala entre a abordar dicha cuestión.

QUINTO.- *Nulidad de la cláusula tercera bis por abusividad en contratos celebrados con consumidores*



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

La STS 241/2013, de 9 de mayo, fija una serie de criterios para valorar el carácter abusivo de cláusulas no negociadas, concluyendo que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas las siguientes: a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada; b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato; y c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario- (apartado 233).

Por otra parte, el Tribunal Supremo manifiesta que el carácter eventualmente abusivo de una cláusula debe referirse al momento en el que se suscribe el contrato y tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en su celebración y las demás cláusulas del mismo (apartado 235) y que para juzgar el desequilibrio se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto de las cláusulas contractuales (apartado 240), concluyendo que las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo (apartado 246).

La parte demandante alega el carácter abusivo de la cláusula referida al tipo de interés variable en base al IRPH Cajas sosteniendo que su imposición es contraria a la buena fe y le ha supuesto un perjuicio al derivar de su aplicación intereses mucho más gravosos que los que hubiera debido abonar conforme al índice sustitutivo del contrato.

En primer lugar, se ha de señalar que la parte demandante para sustentar el desequilibrio de las prestaciones y el perjuicio alegado, se limita a comparar ambos índices (IRPH Cajas y Euribor), sin tener en cuenta que a este último se le aplica un diferencial (+1).

Por otra parte, no cabe que el consumidor sostenga la abusividad partiendo de una comparación entre el índice de referencia pactado como interés variable y el índice sustitutivo fijado, como consecuencia de una obligación legal impuesta por la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, para utilizarse cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, el índice de referencia pactado.

Ambos índices responden a condiciones jurídicas distintas, sin que las exigencias de la buena fe impongan al prestamista la obligación de facultar al prestatario a elegir de entre los dos índices el que más le convenga.

A mayor abundamiento, cabe indicar que las partes convinieron inicialmente en que se aplicara un tipo de interés fijo (al tipo del 3,30% durante los 36 primeros meses) inferior al índice IRPH Cajas vigente a la firma del contrato, sin que quepa fundamentar el desequilibrio en la variación experimentada posteriormente por ambos índices, pues era algo desconocido para las partes.

Y, por tanto, tampoco cabe admitir la nulidad de la cláusula por vulneración del art. 8.2 LCGC.

SEXTO.- *Momento de sustitución del índice IRPH Cajas*

Revocado el pronunciamiento que declara la nulidad de la cláusula de interés variable con el índice pactado por las partes, hay que determinar el momento en que KUTXABANK venía obligada a sustituirlo por el previsto en el propio contrato (Euribor+1) para el momento de la desaparición de aquel.

El juez entiende que, cuando menos desde el 29 de julio de 2013, fecha en la que fija la desaparición del IRPH Cajas, el interés variable a aplicar al préstamo que nos ocupa debería el índice sustitutivo pactado por las partes de Euribor+1.

La Sala no comparte el criterio del Juzgador de instancia. La O.M. 2899/2011 establece expresamente en su Disposición transitoria única, que contiene el Régimen transitorio de índices o tipos de referencia, lo siguiente:

1. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta Orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos. La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.
2. Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes: 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. Para la publicación de estos índices continuarán vigentes las actuales definiciones de los mismos conforme a lo previsto en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, con una serie de particularidades que resulta innecesario reseñar a los efectos que nos ocupan.

El Juzgador de instancia no ha tenido en cuenta que, conforme a la Disposición Transitoria Única de la O.M., "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", debiendo estarse por lo tanto a la fecha de la normativa de desarrollo para los nuevos préstamos y al régimen de transición para los préstamos afectados para los una fecha determinada a partir de la cual el IRPH queda eliminado del contrato y sustituido por el pactado, o en defecto de pacto por el previsto por la norma.

Y es posteriormente, con la publicación de la Ley 14/2013 de 27 de Septiembre, cuando se regula el régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, al señalar en su Disposición Adicional 15ª: "1. 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.

Por lo tanto, hasta la publicación de esta última norma que establece el régimen de transición para los préstamos afectados, tales índices eran perfectamente válidos y aptos para seguir siendo utilizados por los contratantes, con la finalidad de determinar el interés variable a aplicar en el préstamo, sin que los términos en que se encuentra redactada la cláusula tercera bis del contrato de préstamo excluyan que sea el legislador el que determine cuándo desaparezca el tipo de interés de referencia del contrato.

La desaparición se produce en fecha 1 de Noviembre de 2013, y conforme a lo señalado en el apartado segundo de la Disposición Adicional 15ª "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".

Por otra parte, como esta Sala ha declarado en sentencia de 29 de septiembre de 2014, la previsión contractual, que respondía a la obligación de incluir en las escrituras un tipo de interés de referencia sustitutivo, impuesta a la entidad bancaria por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no contempla que la aplicación del tipo de interés variable sustitutivo se realice con efecto retroactivo (en cuyo caso hubiera establecido el sistema de compensación oportuno para el ingreso o devolución por parte del cliente de lo que resta por pagar o lo satisfecho de más, respectivamente).

Sentado lo anterior, en la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrita con los demandantes el 3 de enero de 2006 se pactó que la revisión del tipo de interés tendría lugar trimestralmente, aplicando KUTXABANK el nuevo interés resultante de sumar el Euribor más un punto a partir del mes de enero de 2014, no cuestionándose dicha actuación por la parte apelada, que se limita a señalar en su escrito de oposición al recurso de apelación (página 45) que considera que el régimen legal transitorio una cuestión irrelevante a los efectos de determinar si la controvertida cláusula resulta abusiva y contraria a normas interpretativas de nuestro ordenamiento.

SEPTIMO.- Cláusula cuarta. Comisión por reclamación de posiciones deudoras

El art. 10.1 LGDCU, vigente a la fecha de la suscripción del contrato, dispone que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir, entre otros, el requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios.

Igualmente, según lo dispuesto en el art. 10.4 LGDCU, serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan dichos requisitos.

La norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela dispone en su apartado segundo que "No se tarificarán servicios u



operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales" y en su apartado tercero que "Las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos".

Por otra parte, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2011 (págs. 150-151) considera, en relación a la comisión de reclamación de posiciones deudoras, que desde la óptica de las buenas prácticas bancarias, su adeudo solo puede ser posible si, además de aparecer recogido en el contrato, se acredita que: a) Su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación realizadas ante el cliente deudor (algo que, a juicio de dicho Servicio, no está justificado con la simple remisión de una carta periódicamente generada por el ordenador); y b) Es única en la reclamación de un mismo saldo. Además, y como criterio adicional, se considera que su aplicación automática no constituye una buena práctica bancaria, ya que la reclamación debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada impagado y de cada cliente. En efecto, solo cuando se analiza, caso por caso, la procedencia de llevar a cabo cada reclamación, se justifica, bajo el principio de la buena fe, la realización de gestiones individualizadas de recuperación.

Sobre la abusividad de la citada cláusula ya se ha pronunciado esta Sala en auto de fecha 22 de abril de 2014 y en reciente sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, declarando esta última: "En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte del prestatario y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la actora pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora".

A tenor de lo expuesto, es claro que la cláusula supone imponer al consumidor incumplidor una carga carente de fundamento, encontrándose suficientemente sancionada su conducta incumplidora a través del recargo por intereses de demora, por lo que no cabe sino compartir la conclusión del Juzgador de instancia de declarar nula por abusiva la indicada cláusula.

OCTAVO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto determina que no se condene en las costas derivadas del mismo a ninguno de los litigantes.

Por otra parte, la estimación parcial de la demanda determina, por aplicación del art. 394.2 LEC, que no se impongan a ninguna de las partes las costas derivadas de la demanda.

NOVENO.- Depósito

La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 8, aplicable a este caso, que si se estimare total o parcialmente el recurso, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de KUTXABANK, S.A. contra la sentencia dictada el 14 de noviembre de 2014 por el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián en autos número 441/2014, aclarada por auto de fecha 2 de febrero de 2015, **REVOCANDO** únicamente los pronunciamientos de dichas resoluciones en cuanto declaran la nulidad de parte de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado el 3 de enero de 2006 por el demandante D. Gabriel y Dª Herminia y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDADDE GIPUZKOA Y SAN SEBASTIAN-GIPUZKOA ETA DONOSTIAKO AURREZKI KUTXA, relativa a la aplicación del índice IRPH-Cajas, y la consecuente condena de la entidad demandada-apelante al reintegro de las diferencias reclamadas con sus intereses



legales y procesales, por lo que se confirma la declaración de nulidad de la cláusula cuarta del contrato de préstamo sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras.

No se efectúa imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.

Devuélvase a KUTXABANK, S.A. el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Frente a la presente resolución se podrá interponer en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante esta Sala recurso de casación en los supuestos previstos en el art. 477 LEC y recurso extraordinario por infracción procesal fundado en los motivos previstos en el art. 469 LEC, pudiendo presentarse únicamente este último recurso sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC.

Así por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario Judicial, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS