

SENTENCIA

En Vitoria, 4 de abril de 2016.

El Sr. D. José Luis Núñez Corral, Magistrado Juez de Primera Instancia número 5 de Vitoria, vistos los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de

representados por la procuradora de los Tribunales, Sra. Gómez, y asistida del letrado, Sr. Rodríguez, contra Kutxabank representada por el Procurador de los Tribunales, Sr. De las Heras, y asistida de la letrado, Sra. Santamaría. Objeto; acción de nulidad de pleno derecho, y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La representación procesal de la parte actora interpuso demanda de juicio ordinario alegando los hechos en que se basa con los correspondientes fundamentos de derecho que ha tenido por conveniente, suplicando se dicte sentencia por la que estimándose la demanda decrete lo interesado en el suplico de la misma.

SEGUNDO: Presentada la demanda junto con los documentos que le acompañan y tras el correspondiente reparto, recae en este juzgado bajo número de autos 1127/15. Se celebra el juicio. Ratificándose la parte actora en su escrito de demanda. La demandada formula oposición a la misma. Practicada la prueba se dejan los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se plantea en la presente litis una acción de nulidad de pleno derecho y reclamación de cantidad. Funda la parte actora su acción en los siguientes razonamientos y según su escrito de demanda. Parte actora y demandada suscribieron contrato de préstamo hipotecario de 13 de agosto de 2010, con las condiciones descritas en el hecho primero de la demanda. Señala, entre otras circunstancias, que se ha calcula el tipo de interés conforme al IRPH. Señala que el cálculo es opaco y no auditable, el resultado es influenciado por las entidades de crédito, y no es una media representativa porque no incluye ponderación por volumen de negocio, que es influenciado por los tipos claramente alejados de la tónica general, no refleja la situación actual del mercado y es previsible para las entidades de crédito, se calcula empleando tipos medios que incluyen comisiones. El índice ha sido calculado a partir de tipos declarados nulos. Concurre falta de información y transparencia. Concurren cláusulas abusivas. Solicita, en fin, se estime la demanda. Con imposición de costas a la parte demandada.

La parte demandada contesta a la demanda oponiéndose. Niega los hechos que se le imputan, que la parte actora sabía lo que suscribía y los efectos del contrato. La comercialización fue correcta y la operación fue simple. Solicita, en fin, se desestime la demanda. Con imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO : Es obvio y evidente que existen posturas contrapuestas entre demandantes y demandado en orden a la forma de su causación, así las cosas, rige en materia de distribución de la carga de la prueba- el Principio del "Onus Probandi", ahora consagrado en los números 2 y 3 del artículo 217 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a los cuales corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas

jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la Demanda y de la Reconvención, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; Todo lo cual significa que corresponde a la parte actora (y a la reconviniendo) acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada (y a la reconvenido), los impeditivos o extintivos del mismo.

Queda probado, a la vista de la prueba practicada, como, sin perjuicio de lo que señale posteriormente, el 13 de agosto de 2010, las partes litigantes contratan el contrato de préstamo hipotecario con las estipulaciones descritas, entre otras, en el clausulado tres y que ya hace referencial al índice IRPH. Las cláusulas han sido redactadas unilateralmente por la entidad financiera, sin informar de las circunstancias concurrentes a la parte prestataria, sin conocer como se conformaba el índice, ni por supuesto informaba al cliente de que podía influir la propia entidad en la determinación de los índices que luego trasladarían sus efectos a la parte prestataria. La parte actora no recibió ningún tipo de simulación entre este índice y otros, como el Euribor. En todo caso, el índice no era susceptible de manipulación. Y, es que:

1. El índice IRPH ha perdido en la actualidad su carácter oficial, apareciendo en su lugar otros índices, como el Euribor.

2. El Banco de España desde el 1 de noviembre de 2013, dejó de publicar en su sede electrónica dicho índice. Dicho índice fue sustituido por el cálculo ponderado que refiere el BDE en el informe que obra en las diligencias.

3. Los tipos de interés medios o ponderados que cada Banco o Caja de Ahorros declara al BDE al objeto de que dicha institución confeccione y publique el IRPH - Entidades o hasta el 1 de noviembre de 2013, el IRPH Cajas no son públicos.

4. Que el IRPH se calculaba a partir de datos facilitados por las propias entidades cada mes.

5. No todo aumento o descenso de comisiones por parte de una de las cajas de ahorros implicaba un aumento o disminución del IRPH . Únicamente, el aumento o descenso de las comisiones que los clientes estuvieran obligados a pagar como contraprestación por el crédito recibido podían causar, en su caso, un incremento o disminución en la magnitud final del índice.

6. El cálculo de los índices IRPH requiere que se sumen todos los tipos de interés medios ponderados de las operaciones iniciadas en euros iniciadas o renovadas en el mes, y que el importe de esa suma se divida entre el número de entidades declarantes, sin que se pueda excluir ninguno de los datos declarados por las entidades o cajas de ahorros.

7. No queda probado que la entidad financiera explicase siquiera mínimamente las circunstancias referidas anteriormente, actuando sin transparencia y con una oscuridad más que evidente.

TERCERO: En cuanto a la posición intervención de las partes en la litis. En cuanto a la naturaleza jurídica de la actora. Conforme la normativa de consumidores y usuarios la parte actora ostenta la condición de consumidora o usuaria lo que es fundamental a efectos de prueba por lo que deberá probar los hechos y alegaciones que formula, ex art 217 de la Lecv, la parte demandada, produciéndose, por tanto, inversión en la carga de la prueba. En aquella época era de aplicación el art 2,1 de la LCU por lo que era un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

En cuanto a la oferta vinculante. Como señala la mejor doctrina en el ámbito de la contratación bancaria, y, en general, con las entidades financieras la importancia de la negociación previa alcanza una especial relevancia e intensidad, exigiéndose un plus de

atención y diligencia por parte de la entidad financiera que comercializa los productos financieros al informar al cliente atendida su condición preeminente y privilegiada respecto a este último. El contratante ha de recibir toda la información necesaria para tomar conciencia de lo que significa el contrato y su alcance, de los derechos y deberes resultantes del mismo y valorar su interés. Por ello, se han establecido en nuestro país por parte de los correspondientes gobiernos y reguladores del mercado, bancarios y bursátiles, unas normas de conducta para dotar de claridad y transparencia las operaciones que se realizan, normas a las que me referiré posteriormente. No se acredita que al suscribirse la oferta vinculante tampoco se informase sobre la cláusula objeto de litigio por abusiva y falta de claridad y transparencia.

A) Sobre la naturaleza de la cláusula controvertida ya en la escritura de constitución de hipoteca.

En primer lugar, ha de verificarse si la cláusula discutida es o no una condición general. El artículo 1 de la LCGC establece 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". Como ha señalado la STS de 9 de mayo de 2013, la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Aporta la parte demandada la preceptiva oferta vinculante de préstamo con garantía hipotecaria. En todo caso, tal documento no prueba que la cláusula haya sido negociada y no impuesta, pues es práctica habitual, hecho notorio no desvirtuado por la parte demandada, que el banco pase a la firma dicho documento como

requisito necesario para la concesión del préstamo. Una negociación supone una posibilidad de variación de los parámetros de la operación, y eso debe dejar rastro documental de algún tipo en la entidad, que refleje cómo se empezó la negociación y como ha concluido. Nada de eso se ha aportado.

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013, concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación 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 irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, 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.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertadas, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del

Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula 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, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación de su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. Y esa "imposición" no desaparece por el hecho de que el empresario formule y el consumidor pueda elegir entre una pluralidad de ofertas de contrato, cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación en orden a la individualización o singularización del contrato, ya procedan del mismo empresario o se trate de diferentes ofertas de distintos empresarios, ya que el art. 1 LCGC no exige que la condición forme parte de todos los contratos que se suscriban, sino que se incorporen a " una pluralidad de contratos ".

Tampoco desaparece el carácter impuesto por el hecho de que el contratante o adherente haya prestado su consentimiento de forma voluntaria y libre. Una cosa es la libertad de contratar y otra muy distinta que esa libertad suponga por sí una previa negociación del contenido contractual. Podría discutirse si es necesario que el adherente asuma la iniciativa o, al menos, a adopte una posición

activa, en el sentido de oponerse formalmente a la cláusula en cuestión o a parte de su contenido. Pero esta interpretación, sostenida en su día por la jurisprudencia con base en la redacción inicial del art. 10 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la STS de 20 de noviembre de 1996), carece hoy de fundamento en cuanto que la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no exige la inevitabilidad, sino que se trate de cláusulas " no negociadas individualmente ".

Atendidas las circunstancias expuestas, nos encontramos ante una condición general de contratación.

B) En cuanto a la abusividad de la cláusula. Artículo 82 de la LCGU. Concepto de cláusulas abusivas. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. 3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. 4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le

impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

Artículo 85.6 Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Artículo 87.7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Y todo ello, teniendo en cuenta, como señala el Tribunal Supremo, el criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, que exige que el cliente conozca, o pueda conocer, la carga económica que, en conjunto, el contrato supone para él, y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.

Es aplicable a la cuestión objeto de enjuiciamiento la directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, que establece que el

empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba. Del resultado de la prueba practicada se desprende información precontractual a través de la oferta vinculante donde se describen los intereses de los que la actora iba a hacerse cargo. En todo caso, la demandada no acredita que se ofreciese la posibilidad a la actora de elegir entre varios tipos de interés. Por ello, podemos afirmar que hubo información pero no negociación.

Es doctrina jurisprudencial que las cláusulas del contrato de préstamo que conforman el interés forma parte y define el objeto principal del contrato. Por ello, calificada así la cláusula no cabe un control del precio, no puede estar sujeta al control de abusividad de dicho precio. En todo caso, de la contestación del BDE se desprende la imposibilidad de manipulación del índice, pese a que las entidades financieras intervengan en su ponderación. El IRPH es un índice oficial y sometido al control del regulador. Item más, el índice se publica en el BOE. Las entidades financieras remiten los datos necesarios para su cálculo, a partir de ahí se halla la media por el BDE sin que las entidades puedan influir en su determinación.

Por tanto, atendidas las circunstancias expuestas, no aprecio abusividad alguna en la cláusula objeto de litigio.

C) Control de transparencia de la cláusula objeto de litigio. La cláusula no es enteramente clara y comprensible y, por tanto, la acción debe ser estimada. La redacción de los índices sobre el interés en la escritura de constitución de hipoteca es farragoso, no es perfectamente comprensible. Se encuentra además ubicada en el condicionado general tras una abrumadora cantidad de datos entre los que queda enmascarada y que contribuyen a diluir la atención sobre la misma del consumidor. Entiendo que la cláusula recibe asimismo un tratamiento impropriamente secundario de modo que el consumidor no percibirá su verdadera relevancia, la cláusula es

sumamente importante, casi lo más importante, para el patrimonio de los actores.

En definitiva, la cláusula se inserta de una forma que dificulta la apreciación de su alcance real como un elemento esencial del contrato, y no meramente accesorio o accidental, faltando así la información que le permita tener al consumidor "un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato", pues como dice el TS "No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificulta su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

Por otra parte, no hay prueba alguna de que hubiera simulaciones de subidas y bajadas del tipo (teóricas), que hubiera permitido ilustrarse al consumidor en ese momento de contratar del juego de la cláusula reinante. La carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos de transparencia corresponde al Banco, y de ninguna forma puede entenderse cumplida dicha carga. En definitiva, la cláusula no supera el control de transparencia y ello conlleva su nulidad.

El art. 80.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece " 1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

La doctrina sentada en la STJUE de 21 de marzo de 2013, refiere : "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato ".

El análisis tanto de los documentos que contienen la oferta vinculante como, sobre todo, de la escritura pública a través de la que se formaliza el préstamo con garantía hipotecaria, permite afirmar que la repetida condición general de la contratación no respeta el control de transparencia en el sentido de que la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, no cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato. Y menos aún, cuando nada se le indica al actor de las verdaderas características del índice, me remito al informe del BDE obrante en las actuaciones.

Se podría advertir que el cumplimiento de los requisitos reglamentarios y la intervención notarial, con la lectura de la escritura y las advertencias que allí se consignan, permite apreciar que hubo un cierto nivel de información sobre la cláusula discutida suficiente para que la prestataria pudiera comprender la naturaleza y efectos económicos y jurídicos de la estipulación. En todo caso, ambos elementos se orientan a garantizar la correcta incorporación de la cláusula al contrato y, además, el segundo, a reforzar la información al contratante en el momento de celebración del negocio jurídico, pero al margen de que en el supuesto enjuiciado la advertencia del notario es mínima, ni acreditan por sí solos que el

consumidor dispuso de información suficiente para interiorizar las consecuencias de suscribir una cláusula semejante (la lectura de la advertencia recogida en la escritura pone de manifiesto que se trata de algo meramente formal), ni en todo caso que dispuso de esa información de manera previa y con la antelación suficiente para hacer una valoración correcta de su significado. Ninguna prueba ha aportado sobre este respecto la parte demandada.

En conclusión, la cláusula enjuiciada incurre en falta de claridad, sin que la información previa y coetánea sea suficiente para garantizar que el cliente adherente tuvo una idea cabal de las consecuencias económicas que se derivaban de la inclusión de límites a la variación de los tipos de interés, ni, por consiguiente, de que lo que se le ofrecía como un préstamo a interés variable era en realidad un préstamo de interés variable pero solo al alza, esto es, un préstamo a interés variable pero solo en beneficio de la entidad de crédito. En todo caso, no consta, atendido el resultado de la prueba practicada, la existencia de una información comprensible, en línea de lo señalado anteriormente, sobre el coste operativo entre diferentes modalidades de los préstamos que ofrecía la demandada ni un estudio, en su caso, del perfil del cliente que justifique que la oferta propuesta por la demandada fuera la que mas se ajustaba a las necesidades de la parte actora.

Admito y hago míos los razonamientos jurídicos expuestos por la parte actora, en cuanto a la falta de claridad y transparencia de la cláusula que no de la abusividad de la misma.

CUARTO: En cuanto a los efectos de las anteriores declaraciones: El art 8,1 de la LGCGC señala 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".

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

Los efectos de la anulación de un contrato son los previstos en el artículo 1.303 del Código civil, según el cual "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". De este modo, declarada la nulidad de un contrato se trataría de reponer a las partes en el estado en que se encontraban en el momento anterior a la celebración del contrato como si éste no hubiera existido. Resultaría incompatible a la naturaleza de la nulidad declarar que el contrato no ha existido (por lo que las partes deben restituirse las prestaciones) y al mismo tiempo señalar que una de las partes ha incumplido las obligaciones dimanantes de ese contrato (lo que supondría que el contrato seguiría existiendo. Puesto que como dice las STS 12 julio 2006, se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador.

En cuanto a la reclamación pecuniaria. *Iura novit curia*, en toda reclamación de daños y perjuicios, la jurisprudencia exige que el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica, sin que sean suficientes las meras hipótesis, conjeturas o probabilidades vinculadas a supuestos de hecho posibles o inciertos, para lo que es imprescindible concretar su entidad real (SSTS. 29 septiembre 1986, 1986/ y 26 marzo 1997). Por otro lado, la indemnización de daños y perjuicios, derivada tanto de la culpa contractual como de la extracontractual, supone el resarcimiento económico del menoscabo

producido al perjudicado y, en consecuencia, la reparación tiene que ser en principio total, a fin de restablecer la situación patrimonial anterior a la causación del daño, de manera que el acreedor no sufra merma, pero tampoco enriquecimiento alguno, como consecuencia de la indemnización. Este carácter amplio que reviste la obligación de resarcimiento, en cuanto a la extensión del daño indemnizable, queda claramente reflejada en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil.

La correcta resolución de las cuestiones litigiosas pasa por recordar, ex art 1100 del código civil, en primer término, que para la prosperabilidad de una pretensión resarcitoria por culpa se precisa la concurrencia de ciertos presupuestos básicos, debiéndose justificar, en este orden de ideas:

Primero, la existencia de una acción u omisión constitutiva de conducta ilícita, esto es, un obrar humano controlable por la voluntad y consciente y, en consecuencia, imputable subjetivamente al agente, el cual habrá de responder jurídicamente incluso de aquellos efectos de su actuación relacionados directamente con su intervención, e incluso de aquellos que no haya previsto ni aún querido, pero con los cuales, según la ordinaria previsión humana, debió contar, y que por lo mismo han de considerarse sometidos al imperio de su control y al señorío de su voluntad;

Segundo, la antijuridicidad de la referida conducta, en cuanto contraríe determinadas normas de comportamiento positivas o afecte a bienes o derechos ajenos protegidos, o porque representen una infracción contra el mandato general de diligencia arriesgando, en el mejor de los casos, lesionando efectivamente en el peor y desgraciadamente más frecuente, intereses jurídicamente reconocidos y tutelados;

Tercero, la culpa del agente, en la forma que será examinada en las siguientes consideraciones;

Cuarto, la existencia de un daño, menoscabo material o moral infligido contraviniendo una norma positiva en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de alguna persona, susceptible de resarcimiento por su causante; y.

Quinto, la existencia de una relación causal en entre la conducta y el resultado lesivo o dañoso, esto es, de un enlace preciso y directo que individualiza al responsable y determina el contenido de la obligación indemnizatoria. Es evidente que el actor debe recuperar la inversión fallida y que asciende al principal reclamado.

Por tanto, atendidas las circunstancias expuestas, la demanda debe ser estimada.

QUINTO: En cuanto a los intereses. Se devengarán los interesados en el escrito de demanda.

En cuanto a las costas, procede imposición a parte demandada, ex art 394 de la Lecv, atendida la estimación íntegra de la demanda.

FALLO

Estimo la demanda formulada por I y
contra Kutxabank y, en su virtud:

1. Declaro la nulidad por incumplimiento de los arts 8 y ss de la LGCGC, y preceptos concordantes del código civil, y en su virtud, manteniendo el contrato su vigencia declaro la nulidad de la cláusula siguiente, apartado D, estipulación tercera "Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el que resulte de adicionar al margen, al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedida por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del BDE de 22 de julio de 1994, publicado en BOE de 3

de agosto de 1994". " El apartado E de la estipulación tercera, el tipo que servirá para el cálculo del interés, se define en la circular 7/99 BDE de 29 de junio de 99, que se publica en BOE, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en deba efectuarse la revisión". "Apartado F estipulación 3, el tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejará de publicarse en el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por las Cajas de Ahorros definidos por circular 5/94 del BDE de 22 de julio de 1994, que se publicará en BOR de 3 de agosto de 1994.

2. Condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que se abstenga de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas manteniendo el contrato su vigencia con los restantes.

3. Condeno a la demandada a que abone a los actores las cantidades abonadas o que se hayan seguido abonando hasta la efectividad de la nulidad de la cláusula, indebidamente y cobrado en exceso en virtud del índice impugnado durante el período de vigencia del contrato de préstamo.

4. Condeno a la demandada a que abone los intereses solicitados por la parte actora en su escrito de demanda.

Con imposición de costas a la parte demandada.

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación.