



Roj: **SJM BI 109/2016 - ECLI:ES:JMBI:2016:109**

Id Cendoj: **48020470022016100026**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2016**

Nº de Recurso: **583/2015**

Nº de Resolución: **13/2016**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **OLGA AHEDO PEÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO

BILBOKO 2 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001

TEL.: 94-4016688

FAX: 94-4016969

NIG PV/ IZO EAE: **48.04.2-15/020408**

NIG CGPJ / IZO BJKN : **48044.71.2-0150/020408**

Procedimiento / Prozedura : **Proc.ordinario / Prozedura arrunta 583/2015 - J**

Materia: **CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

Demandante / Demandatzailea : **Petra y Benjamín**

Abogado/a / Abokatua : **MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ**

Procurador/a / Prokuradorea : **MARIA TERESA BAJO AUZ y MARIA TERESA BAJO AUZ**

Demandado/a / Demandatua : **BILBAO BIZKAIA KUTXA**

Abogado/a / Abokatua : **IGOR ORTEGA OCHOA**

Procurador/a / Prokuradorea : **IRATXE PEREZ SARACHAGA**

SENTENCIA Nº 13/2016

JUEZ QUE LA DICTA : D/Dª **OLGA AHEDO PEÑA**

Lugar : **BILBAO (BIZKAIA)**

Fecha : **quince de enero de dos mil dieciséis**

PARTE DEMANDANTE : Dª. **Petra** y D. **Benjamín**

Abogada : Dª. **Maite Ortiz Pérez** y D. **José María Erasquin Vázquez**

Procuradora : Dª. **María Teresa Bajo Auz**

PARTE DEMANDADA: **KUTXABANK, S.A**

Abogado : D. **Igor Ortega Ochoa**

Procurador : Dª. **Iratxe Pérez Sarachaga**

OBJETO DEL JUICIO : **condiciones generales de la contratación**



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El 29 de julio de 2015 presentó escrito la procuradora Sra. Bajo, en nombre y representación de D. Benjamín y D^a. Petra, formulando demanda de juicio ordinario frente a KUTXABANK, S.A., en ejercicio de acción declarativa de nulidad, por su carácter abusivo, de condiciones generales de la contratación incorporadas al contrato de préstamo hipotecario de 5 de agosto de 2002 y de novación al mismo de 24 de abril de 2014, y devolución de cantidades.

Tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, SUPLICÓ al Juzgado se "dicte sentencia por la que se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto las siguientes cláusulas:

1. La cláusula tercera bis del contrato.- "Tipo de Interés variable".
2. La cláusula quinta, rotulada como "Gastos a cargo de la parte prestataria", la cláusula octava.- "Créditos Conexos", en el préstamo inicial, así como la cláusula tercera.- Gastos, en la escritura de novación.

Y por ello, como consecuencia inherente a la declaración de nulidad:

1. Las partes se reintegren, con los correspondientes intereses, cuanto por aplicación de las citadas cláusulas hubieran recíprocamente intercambiado.
2. Los préstamos continúen su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas de los contratos."

SEGUNDO. - Admitida a trámite la demanda por decreto de 14 de septiembre de 2015, el 19 de octubre siguiente presentó escrito la procuradora Sra. Pérez, en nombre y representación de KUTXBANK, S.A., contestando y oponiéndose a la demanda.

TERCERO. - Por diligencia de ordenación de 20 de octubre de 2015 se señaló la audiencia previa para el 3 de noviembre siguiente, celebrándose dicho día:

- a) Pretensiones: las partes ratificaron sus respectivas pretensiones.
- c) Documentos: no se impugnaron.
- c) Medios de prueba: documental

Siendo la de documentos la única prueba admitida, estando éstos aportados y no habiendo sido impugnados, de conformidad con lo previsto en el artículo 429.8º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedaron los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - ACCIÓN EJERCITADA

Ejercita la parte actora acción declarativa de nulidad en relación con varias cláusulas introducidas en el contrato de préstamo hipotecario de 5 de agosto de 2002 y de novación del mismo de fecha 24 de abril de 2014. Afirman los demandantes que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación y que las mismas son abusivas, debiendo declararse nulas por tal razón.

Invocan los demandantes: el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU); la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC); la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; y sentencias y jurisprudencia nacionales y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Son cláusulas controvertidas las siguientes:

TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE (contrato de 5.08.2002)

"El tipo de interés nominal anual variará ANUALMENTE, determinándose para cada nuevo periodo mediante la adición de CERO (0) PUNTOS al índice de referencia para préstamos hipotecarios (I.R.P.H), conocido como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre DEL CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO." Este índice de referencia se aplicará como tipo de interés nominal anual, tomándose el dato que resulte publicado por el Banco de España, en el B.O.E., que corresponda al segundo mes anterior al de la variación y con la adición del diferencial mencionado."

QUINTA.- GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA (contrato 5.08.2002)

"Serán de cuenta de la parte deudora todos los gastos presentes o futuros, que se deriven de la escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes: a) aranceles notariales, con inclusión de los producidos por la

expedición de su primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa, y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida; b) impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida; c) gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos, así como del seguro de daños del mismo, y de las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble; d) los derivados de la conservación del inmueble hipotecario, así como del seguro de daños del mismo, y de las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble; e) los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago; f) cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo que no sea inherente a la actividad de la Entidad Prestamista, dirigida a la concesión o administración del préstamo."

TERCERA.-GASTOS (novación 24.4.2014)

"Serán de cuenta de la parte deudora, todos los gastos presentes o futuros que se deriven de la escritura, entre los que se incluirán expresamente los siguientes:

- a) Aranceles notariales, con inclusión de los producidos por la expedición de copia para KUTXABANK, y de las copias que se pudieran expedir a favor de KUTXABANK con efectos ejecutivos y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida.
- b) Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida, así como de cualesquiera otras garantías otorgadas o que se otorguen en garantía del presente préstamo (incluidas igualdades o reservas de rango y posposición de condiciones o cualesquiera derechos).
- c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos.
- d) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecario, así como del seguro de daños del mismo y de las contribuciones, arbitrios, impuestos o tasas que graven dicho inmueble
- e) Gastos de la/s comunidad/es de propietarios a la/s que pertenezca el inmueble, incluyendo tanto ordinarios como extraordinarios y posibles derramas.
- f) Los derivados del Seguro de Vida de la parte prestataria cuando se contratase, así como los derivados del seguro de riesgo de impago del préstamo en el mismo caso.
- g) Los gastos procesales o de otra naturaleza, derivados de la reclamación judicial o extrajudicial como consecuencia del incumplimiento por el acreditado de su obligación de pago, incluyendo entre otros, los de intervención notarial de la certificación de la deuda, así como los del coste por envío de burofaxes o notificaciones fehacientes."

OCTAVA.- CRÉDITOS CONEXOS (contrato 5.08.2002)

"Las cantidades que Bilbao Bizkaia Kutxa se vea obligada a satisfacer en defensa de los Derechos que se le reconocen en esa escritura por cuenta de la parte prestataria e hipotecante, por seguros, contribuciones, arbitrios, impuestos, tasas, honorarios profesionales (aunque su intervención fuera potestativa), gastos de requerimientos a que se refiere el artículo 686 de la LEC, gastos de administración a que se refiere el art. 690 de la misma Ley; en lo que no se compensa con los frutos y rentas de los inmuebles, gastos e impuestos para la inscripción en el Registro de las modificaciones del domicilio del deudor o hipotecante no deudor, gastos notariales, liquidación complementario de la autoliquidación, por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y en general cualquier acto originado por la presente escritura y las que la complementen o por las previas necesarios para la inscripción de esta en el Registro de la propiedad, se capitalizarán en la cuenta del préstamo, considerándose cantidades vencidas y devengando, desde su pago, intereses al tipo señalado de demora."

Examinemos las cláusulas referidas.

Segundo. - Cláusula TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE (5.08.2002)

1. Contenido

"El tipo de interés nominal anual variará ANUALMENTE, determinándose para cada nuevo periodo mediante la adición de CERO (0) PUNTOS al índice de referencia para préstamos hipotecarios (I.R.P.H), conocido como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre DEL CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO." Este índice de referencia se aplicará como tipo de interés nominal anual, tomándose el dato que resulte publicado por el Banco de España, en el B.O.E., que corresponda al segundo mes anterior al de la variación y con la adición del diferencial mencionado."



2. Los demandantes consideran abusiva y nula tal cláusula. Invocan los siguientes preceptos: artículos 1256 y 1303 del Código Civil ; artículos 60.1 , 82.1 , 85 y 87 del TRLGDCU ; artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE ; Anexo VII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, epígrafe tercero; artículo 8 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación .

Formulan las siguientes ALEGACIONES que resumimos siguiendo el propio esquema de la parte actora (el subrayado es introducido por la Juez)

· · *Respecto a la definición del tipo de interés IRPH Entidades y las conclusiones que de ello se desprenden.*

"Es el Banco de España quien, a partir de los datos que mensualmente le remiten las entidades de crédito, todas y cada una, elabora la media simple que constituye el tipo de interés IRPH Entidades, de manera que resulta una realidad incontestable que se trata de un tipo de interés obtenido necesaria y exclusivamente a partir de los datos resultantes y de la participación y comportamiento de las propias entidades de crédito en el mercado hipotecario financiero español, esto es, de una de las partes del contrato, que con su comportamiento contribuye a la determinación de un índice de referencia que, posteriormente, aplicará en los contratos que ella misma ha suscrito con sus clientes." (¿). De esta manera, las entidades financieras, en este caso *las Cajas de Ahorro* , atendiendo básicamente a criterios de oportunidad y negocio, modulando a su conveniencia los tipos de interés y comisiones a sus nuevos clientes , *inflúan en el valor absoluto del tipo de interés IRPH Cajas de ese mes* , valor que en las correspondientes revisiones se imponía a la totalidad de los clientes que tenían su préstamo referenciado al citado índice. Idéntico reproche cabe realizar del tipo IRPH (¿)."

· · *Respecto al contenido y modo de elaboración del tipo de interés IRPH Entidades*

"Nos encontramos ante una MEDIA SIMPLE, lo que significa que los datos aportados por la entidad de crédito más pequeña tienen la misma relevancia que los datos aportados por la de mayor cuota de mercado. Su expresión matemática era la siguiente (¿). La elaboración de una media simple con los datos que remite cada una de las entidades de crédito, sin una ponderación de su cuota de mercado, y sin eliminar los datos extremos que distorsionan la media, nos lleva a una auténtica aberración estadística que, contrariamente a lo que acostumbran a responder las entidades, no resulta representativa de la realidad del mercado hipotecario español como se pretende hacernos creer (¿). De ahí *que esta parte actora entienda que queda absolutamente probada la existencia de una conocida , concreta , precisa y aritméticamente innegable influencia de la demandada en la confección del tipo IRPH Entidades* pues ello se desprende, indiscutiblemente, de su propio método de cálculo (¿). No resulta cierto que el IRPH Entidades resulte un tipo de interés representativo de la situación del mercado hipotecario financiero español, y no lo es porque una media simple, sin ponderación, no tiene valor estadístico."

Una vez que el Banco de España recibe los datos remitidos por las entidades de crédito, sin realizar ningún tipo de ponderación, sin utilizar ningún tipo de coeficiente corrector que evite la distorsión que suponen aquellos datos que se desvían exageradamente de la tónica general, elabora directamente esa media simple que determina la cuantía del IRPH Entidades (¿). *En el caso de la determinación del Euribor, no cabe que ninguna entidad pueda aportar datos distorsionados que contribuyan a adulterar la realidad del mercado, lo cual resulta perfectamente posible, y a los datos nos remitimos, en el caso de los tipos de interés IRPH en cualquiera de sus modalidades (¿). Quiere ello decir que cualquier consumidor que tenga interés por comprobar si el valor del Euribor que se le aplica se ajusta a la legalidad, o si está bien calculado, puede hacerlo por cuanto dispone de toda la información necesaria para ello. En contraste, y en el caso del IRPH Entidades, resulta absolutamente imposible conocer los datos que aportan las entidades y, en consecuencia, resulta igualmente imposible conocer cómo se ha llegado a la determinación del valor que posteriormente se publica y aplica (¿). Una exigencia de transparencia que no se cumple en España, pues resulta imposible conocer qué datos se han empleado en la confección del tipo de interés IRPH Entidades y su veracidad, lo que sí ocurre, en cambio, con el tipo de interés Euribor"*

Una de las grandes deudas que se plantea el cliente-consumidor se refiere a qué datos , en relación con los tipos de interés, utilizan las entidades de crédito para elaborar esa media ponderada propia que posteriormente remiten al Banco de España para que éste elabora la media simple que constituye el correspondiente IRPH Entidades (¿). Hasta que el Tribunal supremo, en el año 2010, declaró abusivas las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés remuneratorio, las entidades financieras las vinieron utilizando con cierta frecuencia, lo que nos lleva a pensar que esos tipos de interés declarados nulos formaron parte de los datos con los que las entidades de crédito elaboraban la media ponderada propia que enviaban al Banco de España para que éste, a su vez, elaborara y publicara la media simple que constituía el tipo de interés de IRPH Entidades. Por otro lado, son muchas las entidades que todavía continúan utilizando las cláusulas suelo, y lo que no sabemos, ni parece que podamos llegar a saber, es si los tipos de interés resultantes de aplicar la controvertida cláusula suelo se utilizan en la confección de la media ponderada propia que elabora cada entidad de crédito para remitirla



posteriormente al Banco de España a fin de que éste elabore la media simple que constituye el IRPH Entidades. Como podemos observar, *la duda respecto a cuáles son los tipos de interés que se utilizan en la confección del tipo de interés IRPH Entidades no se resuelven ni a partir de la lectura del Anexo VIII, ni de la Norma Segunda, ni de la Norma Sexta Bis, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España. El Anexo II de la Circular 8/1990, de septiembre, del Banco de España también se refiere a los tipos de interés en relación con el IRPH, pero lejos de arrojar luz nos aporta mayor enredo (¿).*

Recoge el citado Anexo II que los tipos de interés medios ponderados de las operaciones iniciadas o renovadas en el mes serán tipos TAE (¿). *No es cierto que el IRPH sea la media de los tipos de interés utilizados por las entidades en un determinado periodo, y que lo que debiera decirse es que el IRPH es la media de los tipos de interés utilizados por las entidades incrementada con la media de las comisiones aplicadas por esas entidades a esos mismos clientes, hecho que no se informó a mis mandantes (¿).* La Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, recoge que (¿) y añade "Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas (¿). *Para que el IRPH resulte un reflejo de los intereses medios del mercado resulta necesario que se aplique un diferencial negativo que compense el efecto inflacionista de las comisiones, un diferencial cuyo valor dependerá, obviamente, de las comisiones que se hayan aplicado. Pues bien, en el préstamo hipotecario que nos ocupa, la demandada desoye este mandato y no aplica un diferencial negativo al IRPH Entidades resultante, en claro perjuicio del consumidor y quebrantando una norma administrativa imperativa.*"

Recoge igualmente el citado Anexo II que en las operaciones que cuenten con subvención de tipo de interés se tomará la remuneración obtenida por la entidad, con independencia del tipo abonado por el cliente (¿). Si resulta necesario resaltar de manera excepcional que en los préstamos subvencionados el interés a tener en cuenta para la determinación de la media es el tipo concedido, parece obvio considerar que con carácter general el tipo de interés a tomar resulte el aplicado, el abonado por el cliente, lo cual contribuye a mantener el enredo en relación con una cuestión que debiera resultar diáfana en aras a la transparencia exigida.

Recoge finalmente el citado Anexo II que se excluirán del cálculo las operaciones con empleados cuando éstas se concierten a tipos fuera de mercado en el marco de acuerdos recogidos en el Convenio Colectivo o de cualquier otra circunstancia de la relación laboral. *Esta disposición, al igual que la anterior, opera a favor de la entidad ya que unos datos que contribuirían claramente a bajar la media son, precisamente, por ello, despreciados, de tal manera que los empleados de las entidades se ven importantemente beneficiados con un tipo de interés preferente sin que esa ventaja se traslade al resto de una ciudadanía (¿).*

En conclusión, *se dice que el tipo de interés IRPH Entidades es un tipo representativo del mercado hipotecario español, pero no es cierto por cuanto (¿).*

Esta reciente sentencia del TJUE (Sala Cuarta, 30 de abril de 2014) recoge que **la transparencia no ha de ser únicamente entendida desde una óptica gramatical sino también aritmética (¿)**, esto es, es necesario que el consumidor comprenda los mecanismos aritméticos de determinación de su tipo de interés, así como la incidencia que ello va a tener en su economía (¿).

Y en relación con el denominado "**segundo control de transparencia**", el referido a la comprensibilidad real, la transparencia en la información es una exigencia recogida en el Anexo VII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España (epígrafe tercero) (¿). Quiere ello decir que la demandada debió informar a mis representados del último valor del IRPH Entidades, de su evolución al menos los dos años anteriores, de su valor TAE y de su presumible evolución en el medio plazo, sin que tampoco hubiera estado de más informarles de que su tipo de interés llevaba incorporada una media de las comisiones, a las que ellos sumarían, además, las suyas propias."

Pero la **falta de transparencia no se refiere únicamente a la redacción del contenido del tipo del interés IRPH o a la falta de información entregada al cliente, la falta de transparencia se extiende igualmente a la posibilidad de comprobar la veracidad del citado índice, pues no existe posibilidad alguna de conocer los datos que las Cajas de Ahorro envían al Banco de España a fin de conocer qué datos se utilizan y comprobar su veracidad.**"

· · Respecto a la ausencia de cláusula suelo en los préstamos referenciados a IRPH Entidades.

"La ausencia de "cláusulas suelo" en los préstamos hipotecarios referenciados a IRPH Entidades no es una cuestión baladí, al contrario, es una muestra evidente de la confianza de las entidades financieras en sus posibilidades de ajustar el tipo de interés a su conveniencia, y de su nulo temor a que las oscilaciones imprevistas de los tipos de interés oficiales afecten a sus beneficios. *En tanto que el Euribor caía hasta alcanzar mínimos históricos, en beneficio del consumidor, el IRPH Entidades se mantenía en valores muy superiores como*



consecuencia de los encarecimientos de las condiciones recogidas en los nuevos préstamos , lo que llevaba a que los datos con que el Banco de España elaboraba la media simple apenas sufrieran variaciones."

· · Respecto al carácter influenciado por la parte predisponente del tipo de interés IRPH Entidades.

"Cabe referirse a ello desde una óptica conceptual como desde una óptica meramente aritmética."

· · Respecto al carácter abusivo del tipo de interés IRPH Entidades.

"(¿) Esta relación directa entre los diferenciales aplicados caprichosamente por las entidades de crédito y el valor del IRPH Entidades es lo que en términos del artículo 85 del TRLGDCU se expresa como la vinculación de elementos del contrato a la voluntad del empresario (¿).

El carácter abusivo de una cláusula está en su naturaleza; en su contenido, que se expresan por su redacción, por la literalidad de su texto; en las posibilidades que proporciona al predisponente, independientemente de que haya hecho uso de las mismas; resultando irrelevante las vicisitudes del préstamo o la mayor o menor flexibilidad con la que la entidad bancaria haya interpretado su redactado. Frente a las afirmaciones que habitualmente realizan las entidades de que no es posible afirmar que el IRPH haya sido influido por la conducta de las entidades de crédito, *la cuestión no está en si ha sido influido sino en si por su concepción, por su manera de constituirse, resulta posible la influencia de la propia entidad que lo va a aplicar, y la respuesta es indudable.*

La demandada con su comportamiento en los préstamos que suscribió posteriormente influyó (o al menos pudo influir) en las condiciones del préstamo que nos ocupa , sin que la actora tuviera la posibilidad de intervenir ni de influir, de manera que únicamente se limitó a esperar la publicación de las actualizaciones del IRPH para saber cuánto debía pagar (¿), luego nos encontramos en una situación que tiene acogida en el artículo 87 TRLGDCU por falta de reciprocidad (¿).

El desequilibrio de derechos y deberes se manifiesta en el hecho de que la entidad puede amortiguar los efectos de la caída descontrolada de los tipos de interés incrementando los diferenciales de los nuevos clientes y/o sus comisiones para conseguir estabilizar el valor del tipo de interés IRPH Entidades (¿). Que una de las partes pueda con su comportamiento modular el tipo de interés genera un desequilibrio de posiciones y deberes de las partes (¿).

En conclusión, encontrándonos ante una cláusula impuesta, referida a un tipo de interés sobre el *que no cabe dudar que la demandada ejerce influencia* , una influencia que tiene encaje en un axioma aritmético que, como tal, no admite graduaciones por tratarse de una ciencia exacta, sin matices, no cabe duda que procede una declaración de abusividad y, en consecuencia, tratándose de una condiciones general, de nulidad."

En RESUMEN, centran los demandantes su debate en el carácter influenciado del índice IRPH por parte de la demandada, y vinculan tal cuestión a la alegada falta de transparencia de la cláusula y a su carácter abusivo, viendo en tal posibilidad de "manipulación" el fundamento del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Además, afirman los demandantes que la cláusula fue impuesta sin negociación alguna, y que no recibieron información ni sobre el contenido del índice ni sobre su forma de cálculo, desconociéndose por completo qué datos son aportados por las entidades para la determinación del índice controvertido.

3. La demandada alega, resumidamente:

- La cláusula controvertida fue acordada con los actores, a quienes se entregó oferta vinculante en cumplimiento de la Orden de 5 de mayo de 1994 y se puso a disposición el proyecto de escritura tres días antes de su otorgamiento. Luego no estamos ante una condición general.

- El IRPH forma parte del precio del contrato y no cabe examinar su abusividad.

- El IRPH es una referencia oficial que cumple con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, requisitos que cuando se formalizó la operación que nos ocupa venían determinados en el artículo 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y en el apartado 7 de la Norma Sexta de la Circular 8/1990, y actualmente en la Orden EHA/2899/2011 y en la Circular 5/2012 del Banco de España.

- Tanto la comunicación de los datos relativos a las operaciones de préstamo hipotecario formalizadas que las entidades de crédito realizan cada mes al Banco de España, como la fórmula de cálculo del índice IRPH por parte del organismo supervisor, se encuentran reguladas por las disposiciones normativas de carácter imperativo, por lo que tales aspectos del índice ni tienen naturaleza de condición general de la contratación ni pueden ser objeto de un control de abusividad (artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993).

- El folleto informativo, con el contenido que exigen la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Circular 8/1990, se encuentra a disposición de los clientes en todas las oficinas.



- A diferencia de lo que ocurre con el Euribor, que refleja el tipo de interés promedio al que las entidades financieras se ofrecen a prestar dinero en el mercado interbancario, y que es un valor que depende exclusivamente de éstas, para la elaboración del IRPH no se toman datos teóricos, ni ofertas unilaterales, sino los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo, estando fuera de lugar las infundadas manifestaciones sobre el supuesto carácter manipulable. Que el descenso del Euribor no haya sido seguido en igual forma por el IRPH no se debe a que este índice esté manipulado, sino a que operan en mercados diferentes en los que entran en juego variables distintas. Tampoco es cierto que el IRPH hay experimentado continuos incrementos. En el cálculo del tipo de interés de las nuevas operaciones hipotecarias que las entidades comunican al Banco de España, no tienen ningún efecto las posibles cláusulas suelo ni el redondeo. Las entidades no pueden fijar sus diferenciales caprichosamente por pura conveniencia; es la ley de la oferta y la demanda. Los préstamos con referencia IRPH no han solido incorporar cláusulas suelo porque consiguen mantener el equilibrio financiero a lo largo de la vida de una operación.

- El IRPH Entidades no sólo va a continuar en vigor como índice oficial, sino que servirá además como tipo de interés sustitutivo para aquellos contratos de préstamo y crédito cuyos índices de referencia desaparezcan y que no tengan previsto en su clausulado otro índice sustitutivo aplicable, en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

4. Condición general de la contratación

La primera cuestión que la parte demandada somete a debate es la del carácter de condición general de la cláusula controvertida. Alega KUTXABANK que su contenido fue negociado con los demandantes y que no fue ni prerredactada, pues la fijación del índice de referencia fue fruto del consenso, ni impuesta, afirmando que tiene concedidos otros índices de referencia con otros diferenciales.

Como recuerda la *Audiencia Provincial de Gipuzkoa, sección 2ª, en sentencia de 29 de octubre de 2015* (sentencia 189/2015; recurso 2272/2015), FJ 3º

"TERCERO.- (...) En cuanto a la **naturaleza de la cláusula controvertida como condición general de contratación**, 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). En concreto, hay "imposición" de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente (en este sentido SSTs 241/2013, de 9 de mayo y 222/2015, de 29 de abril). 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."

En el presente caso, no acreditando la demandada negociación alguna (la única prueba aportada por la entidad es un documento de oferta vinculante sin firmar y doc. 1 y una relación de índices de referencia del mercado hipotecario y doc. 2), no existiendo tampoco indicios de que la hubiera, no puede sino concluirse que nos encontramos ante una condición general de la contratación, siendo más que evidente que la cláusula fue redactada por la demandada.



5- Posibilidad de control de la cláusula IRPH

Esta cuestión ya ha sido resuelta por los Tribunales, considerando que el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad por la normativa española,

En este sentido, procede traer a colación la misma sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, FJ3:

"(¿) Sostiene Kutxabank que, cuando el juez señala que el tipo de interés del préstamo 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 abusividad sobre su contenido, 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 . Y señala que, 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 estaría vedado por el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE .

En cuanto a la imposibilidad de control de la cláusula controvertida, 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 Kasl őr. Por una parte entiende que, de acuerdo con el art. 1755 del C. Civil , el interés no es la causa del contrato de préstamo, pues este puede ser gratuito y, por lo tanto, el objeto principal del contrato no desaparece aunque no se haya pactado interés.

Esta Sala conoce el criterio de interpretación del art. 4.2 de la Directiva 93/13 , mantenido en la sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13, caso Arpad Kasl őr, pero entiende que en el caso sometido a nuestra decisión, en el que las partes han pactado expresamente el devengo de interés, la cláusula que establece el interés variable determina el precio que debe pagar el prestatario y, como tal, no cabe calificarla de pacto accesorio, porque define el objeto principal del contrato. Conclusión que no resulta incompatible con la dicción del art. 1755 del C. Civil , cuando señala que "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieren pactado, admitiendo el préstamo con interés en el que dicho elemento constituye la causa del contrato para la entidad prestamista. Y tampoco resulta incompatible con el art. 315 del C. de Comercio, que contempla el interés como la prestación pactada a favor del acreedor.

En todo caso, y como expone la sentencia recurrida, *el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad por la normativa española*, como señalan las SSTs de 2 de marzo de 2011 y 9 de mayo de 2013 y la muy reciente de 29 de abril de 2015 .

En este sentido, la STS 241/2013, 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 STJCE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según la cual, "los arts. 2 CE , 3 CE apartado 1 letra g) , y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los arts. 4.2 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 refieran 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 haya 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 art. 8 bis, "a fin de que los estados miembros informen a la Comisión si adoptan 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 , 663/2010 de 4 de noviembre , y 861/2010 de 29 de diciembre , apuntaron, más o menos "obiter dicta", la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato ."*

6. Abusividad. Control de inclusión y transparencia

El artículo 82.1 TRLGDCU dispone que "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato".



Por otra parte, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que " la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

En este caso, el índice controvertido sobre el que se calcula el tipo de interés forma parte del precio y, consecuentemente, sólo podrá pretenderse una declaración de nulidad basada en el carácter abusivo de la cláusula atacando su claridad y comprensibilidad, habiendo distinguido el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de mayo de 2013, reiterada en sus sentencias de 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015) dos niveles en el control de transparencia. El primer filtro del control de transparencia afecta a la fórmula de incorporación al contrato conforme a los siguientes preceptos de la Ley 7/98 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC): artículo 5.5 ("La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez") y artículo 7 ("No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato."). Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba su inclusión en el contrato. Si no superara la cláusula este segundo control, podrá entrarse en el examen de su abusividad.

Pues bien, en relación con el primer control de transparencia, además de los preceptos citados de la LCGC, el artículo 80.1.a) TRLGDCU dispone:

"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*. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

Es la cláusula controvertida del tenor siguiente en lo que interesa:

" El tipo de interés nominal anual variará ANUALMENTE, determinándose para cada nuevo periodo mediante la adición de CERO (0) PUNTOS al índice de referencia para préstamos hipotecarios (I.R.P.H), conocido como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre DEL CONJUNTO DE ENTIDADES DE CRÉDITO." Este índice de referencia se aplicará como tipo de interés nominal anual, tomándose el dato que resulte publicado por el Banco de España, en el B.O.E., que corresponda al segundo mes anterior al de la variación y con la adición del diferencial mencionado. (¿) Todos los tipos de referencia mencionados son "tipos de referencia oficiales" que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, además de publicarse en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión y en el propio Boletín Estadístico del B.E."

Por su parte, el apartado 3 del Anexo VIII de la Circular 8/1990 define el IRPH Entidades de la siguiente forma:

"3. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades:

Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorro, de acuerdo con la norma segunda.

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:



Siendo:

- ·lc = La media de los tipos de interés del conjunto de entidades.
- ·ib e ica = Los tipos de interés medios ponderados de cada banco y caja de ahorros, respectivamente.
- ·nb y nca = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes."

En este caso, considera la Juzgadora que la cláusula controvertida no supera el primer control de inclusión porque no cumple el requisito de posibilidad de comprensión directa y completa. En efecto, no sólo no incluye la cláusula la definición íntegra del IRPH en cuestión, como se advierte si se compara el texto de la escritura pública con el del Anexo VIII referido, sino que ni tan siquiera se menciona en la misma la Circular que lo define ni el BOE en el que ésta fue publicada (Anexo VIII de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, BOE núm. 226 de 20 de Septiembre de 1990). A esto hemos de añadir que no ha acreditado la demandada que facilitara a los prestatarios ni información verbal ni otra escrita al respecto, no conteniéndose tal información, como pretende, en el documento de oferta vinculante, documento que, además, no está ni fechado ni firmado, no pudiendo considerarse recibido. Por lo tanto, no puede considerarse que la demandada diera a los demandantes la posibilidad real de conocer, siquiera de forma teórica, la definición completa del índice controvertido, y de conocer qué elementos se iban a tener en cuenta en la conformación del tipo que se le iba a aplicar; la escritura pública no dice que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes (TAE) declarados al Banco de España, limitándose a decir que el IRPH es el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años. Y el carácter oficial del índice no puede rebajar la obligación de la entidad de informar y de redactar las condiciones generales en términos que su alcance pueda ser conocido en su integridad, tal y como exige la LCGC, pues en tal caso no prohibiría el artículo 80.1 TRLGDCYU la remisión a textos o documentos no facilitados, que, en este caso, tampoco existe.

Por lo tanto, no superando la cláusula examinada el primer control de inclusión debe estimarse nula de pleno derecho y expulsarse del contrato (artículo 8.1 LCGC), no resultando necesario el examen de la transparencia y abusividad.

7. Consecuencias de la no incorporación de la cláusula al contrato

Dispone el artículo 10 LCGC:

"1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

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

En este caso, nos encontramos ante un contrato de préstamo y éste es naturalmente gratuito según resulta del artículo 1.755 del Código Civil, conforme al cual "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Por lo tanto, no es el interés ni la causa del contrato para el prestamista ni el objeto principal del contrato (artículo 1261 del Código Civil), debiendo concluirse que la expulsión de la cláusula que nos ocupa no determina la ineficacia total del contrato pues éste puede subsistir sin la misma.

En todo caso, obligando los contratos a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del Código Civil), e imponiendo el artículo 10.2 LCGC una integración de la parte del contrato afectada por la no incorporación conforme a tal precepto, el uso, la buena fe y el pacto de interés que previamente convinieron las partes imponen la integración del contrato con el establecimiento de otro índice de referencia. Y habiéndose dejado de publicar (desde el 1 de noviembre de 2013 - Disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización -) los tipos sustitutivos previstos en la escritura (IRPH Cajas y CECA), la integración deberá hacerse con el único posible tipo de referencia, el Euribor, al que se adicionará UN PUNTO en defecto de alegaciones de las partes y en atención a que este diferencial es el habitualmente previsto en contratos similares al que nos ocupa en los que el Euribor se introduce como índice sustitutivo.

8. Consecuencias económicas

De conformidad con lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil, deberán las partes reintegrarse, en su caso, las cantidades que hubieran percibido, con sus intereses, en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más un punto que sustituye a la misma.

Tercero.- Cláusulas sobre GASTOS y CRÉDITOS CONEXOS



1 . Los demandantes alegan que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación abusivas. Invocan los actores el artículo 89.3 del TRLGDCU.

2 . La demandada , que no cuestiona el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas referidas, defiende que son lícitas, razonables, no abusivas y admitidas por la jurisprudencia.

3 . Conforme al artículo 89.3 referido, en todo caso tiene la consideración de cláusula abusiva "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: (¿) c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. Sin olvidar que conforme al artículo 82.1 de la misma Ley "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."

4 . En el presente caso, conforme a los preceptos dichos, considera abusiva la Juzgadora la imputación al consumidor de los siguientes gastos:

Los genéricos "gastos presentes o futuros, que se deriven de la escritura", por su absoluta imprecisión (cláusulas tercera y quinta).

En la cláusula *QUINTA*:

a) "El pago de los aranceles notariales producidos por la expedición de la primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa", copia ésta que siendo para la entidad bancaria debe ser costeada por ésta, perjudicando lo contrario al consumidor.

b) "Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida": debe estarse a la regulación del tributo en cuestión.

c) "Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos", gastos que deberían ser asumidos por mitades partes habida cuenta de que el contrato se suscribe en interés de ambas partes, no sólo del consumidor, obteniendo la entidad bancaria importantes beneficios con las hipotecas constituidas.

e) "Los gastos procesales derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago", que deberán decidirse conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En la cláusula *TERCERA*:

a) "Aranceles notariales producidos por la expedición de copia para KUTXABANK, y de las copias que se pudieran expedir a favor de KUTXABANK con efectos registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida", y ello porque se constituye ésta en interés de ambas partes y, por lo tanto, no cabe eximir a la entidad bancaria de abonar la expedición de sus copias a costa del consumidor.

b) "Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida, así como de cualesquiera otras garantías otorgadas o que se otorguen en garantía del presente préstamo (incluidas igualdades o reservas de rango y posposición de condiciones o cualesquiera derechos)", por las razones anteriormente expuestas.

c) "Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos" por las razones ya expuestas.

g) "Los gastos procesales" por las razones anteriormente expuestas.

En la cláusula *OCTAVA*

- "En general cualquier acto originado por la presente escritura y las que la complementen o por las previas necesarios para la inscripción de esta en el Registro de la propiedad"; es abusiva la imputación al consumidor de estos gastos por la imprecisión de los actos que los generan.

Cuarto. - Costas

Estimada parcialmente la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda formulada por la procuradora Sra. Bajo, en nombre y representación de D. Benjamín y D^a. Petra , frente a KUTXABANK, S.A, y así:

1 . **Declarar no incorporada y nula** la cláusula relativa al IRPH Entidades, introducida en la estipulación tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de fecha 5 de agosto de 2002, con subsistencia del contrato.

2 . **Sustituir** el tipo de referencia declarado nulo por el tipo de referencia EURIBOR más 1 punto.

3. **Condenar** a KUTXABANK a eliminar del contrato la cláusula referida.

4 . **Deberán las partes reintegrarse** , en su caso, las cantidades con sus intereses que hubieran percibido en aplicación de la cláusula declarada nula y considerando el tipo Euribor más un punto que sustituye a la misma.

5 . **Declarar nulas** las siguientes cláusulas de las estipulaciones quinta, tercera y octava objeto de este procedimiento:

5.1. Los genéricos "gastos presentes o futuros, que se deriven de la escritura", por su absoluta imprecisión (cláusulas tercera y quinta).

5.2. En la cláusula *QUINTA*

a) el pago de los aranceles notariales producidos por la expedición de la primera copia para Bilbao Bizkaia Kutxa, copia ésta que siendo para la entidad bancaria debe ser costeada por ésta.

b) impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida, debiendo estarse a la regulación que grave el tributo en cuestión.

c) gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Impuestos, gastos que deberían ser asumidos por mitades partes habida cuenta de que el contrato se suscribe en interés de ambas partes, no sólo del consumidor, obteniendo la entidad bancaria importantes beneficios con las hipotecas constituidas.

e) los gastos procesales derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago, que deberán decidirse conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

5.3. En la cláusula *TERCERA*:

a) Aranceles notariales producidos por la expedición de copia para KUTXABANK, y de las copias que se pudieran expedir a favor de KUTXABANK con efectos registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida, y ello porque se constituye ésta en interés de ambas partes y, por lo tanto, no cabe eximir a la entidad bancaria de abonar la expedición de sus copias a costas del consumidor.

b) Impuestos que graven o puedan gravar tanto el préstamo como la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca aquí constituida, así como de cualesquiera otras garantías otorgadas o que se otorguen en garantía del presente préstamo (incluidas igualdades o reservas de rango y posposición de condiciones o cualesquiera derechos), por las razones anteriormente expuestas.

c) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos por las razones ya expuestas.

g) Los gastos procesales por las razones anteriormente expuestas.

5.4. En la cláusula *OCTAVA*

"Las cantidades que Bilbao Bizkaia Kutxa se vea obligada a satisfacer en defensa de los Derechos que se le reconocen en esa escritura por cuenta de la parte prestataria e hipotecante, por seguros, contribuciones, arbitrios, impuestos, tasas, honorarios profesionales (aunque su intervención fuera potestativa), gastos de requerimientos a que se refiere el artículo 686 de la LEC , gastos de administración a que se refiere el art. 690 de la misma Ley ; en lo que no se compensa con los frutos y rentas de los inmuebles,

En general cualquier acto originado por la presente escritura y las que la complementen o por las previas necesarios para la inscripción de esta en el Registro de la propiedad; es abusiva la imputación al consumidor de estos gastos por la imprecisión de los actos que los general.

6. **Costas** : cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Líbrese testimonio de la presente el cual se llevará a los autos de su razón quedando el original en el presente libro.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE**



DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 000, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a 15 de enero de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CENOS