



Roj: **SJM SS 9/2015 - ECLI:ES:JMSS:2015:9**

Id Cendoj: **20069470012015100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **206/2014**

Nº de Resolución: **32/2015**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **EDMUNDO RODRIGUEZ ACHUTEGUI**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJM SS 9/2015,**
SAP SS 475/2015

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

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

TEL. 943 00 07 29

FAX: 943 00 43 86

NIG PV/IZO EAE: 20.05.2-14/002626

NIG CGPJ / IZO BJKN: 20.069.47.1-2014/0002526

Procedimiento / Prozedura: Proc.ordinario / Prozedura arrunta 206/2014 - H

Materia: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Demandante / Demandatzailea: Carlos Manuel y Azucena

Abogado / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ y MAITE ORTIZ PEREZ

Procurador / Prokuradorea: AINOA KINTANA MARTINEZ y AINOA KINTANA MARTINEZ

Demandado / Demandatua: KUTXABANK

Abogado / Abokatua:

Procurador / Prokuradorea: SANTIAGO TAMES ALONSO

SENTENCIA Nº 32/15

En Donostia / San Sebastián, a nueve de febrero de dos mil quince

El Sr. D, Edmundo Rodríguez Achútegui, Magistrado-Juez de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia / San Sebastián, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 206/2014, instados por la Procuradora de los Tribunales Dª AINHOA KINTANA, en nombre y representación de p. Carlos Manuel y Dª Azucena , mayores de edad, domiciliados en Donostía / San Sebastián (Gipuzkoa), asistida de la letrada Dª MAITE ORTÍZ PÉREZ, frente a KUTXABANK S.A., domiciliada en Bilbao, con sucursal en Donostia / San Sebastián, representada por el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, asistido del letrado D. CARLOS LOSADA PEREDA, sobre nulidad de cláusulas contractuales, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a AINHOA KINTANA, en nombre y representación de D. Carlos Manuel Y Da Azucena , interpuso demanda frente a Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., alegando que había suscrito con dicha entidad un contrato de préstamo constituyendo al tiempo garantía hipotecaria, en el que después de un período de interés fijo se dispuso interés variable con tipo IRPH-ENTIDADE3S, acordándose que si desaparecía el tipo sería EURIBOR + 1 %. En la misma escritura se dispuso cláusula de redondeo de al alza.

Argumenta el actor que índice IRPH Entidades y las demás cláusulas cuya validez discute te fueron impuestas al tomar el préstamo, que su cuantía en comparación en el Euribor es mucho más elevada, que se determina por las propias cajas de ahorro, que por su fórmula de cálculo al ir desapareciendo cajas se facilita su manipulación, que la propia autoridad competente está procurando expulsar este tipo del mercado y que la conversión de Kutxa, con quien se suscribe, en la actual Kutxabank influye al haberse convertido el prestamista inicial de Caja a banco.

De ahí que la demanda reclame, apoyándose en los arts. 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores**, la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación, su art. 4 , diversas sentencias del Tribunal Supremo y TJUE, y el RDL 1/2007, de 16 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Retundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras leyes complementarias, que la parte de la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía que reza: "El nuevo tipo de interés será el resultante de REDUCIR en VEINTICINCO CENTÉSIMAS, de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria, otorgados por el colectivo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito Hipotecario, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre y que sea el último publicado por el Banco de España, en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

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

El resultado de los conceptos antes expresados, se redondeará al alza, al más cercano múltiplo de por ciento, los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos trimestrales contados a partir de la finalización del primer periodo " .

SEGUNDO.- La demanda fue admitida, tras subsanar omisión de poder y tasa, mediante decreto de 7 de abril 2014 en el que se acordaba emplazar a la parte demandada para que compareciera y contestara en el término de veinte días.

TERCERO.- En dicho plazo comparece el Procurador de los Tribunales D. SANTIAGO TAMES ALONSO, en nombre y representación de KUTXABANK S.A., qué se opone a la demanda, sostiene la validez y no abusividad de las cláusulas controvertidas. Argumenta qué no ha aplicado la cláusula de redondeo al alza en ningún caso, como evidencia la documental presentada por la otra parte, pues en los cargos realizados no consta dicho importe. En cuanto al IRPH Entidades es uno de los índices oficiales que regulaba la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente al suscribirse el contrato con la actora.

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

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

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

CUARTO.- En diligencia de 21 de mayo se tuvo por personado y parte a la demandada y' se citó a las partes a audiencia previa el siguiente día 14 de julio, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra. Se realizaron



alegaciones complementarias, se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, señalándose para la celebración de juicio.

QUINTO.- En el juicio se practicó la prueba admitida, tras lo cual concluyeron las partes por su orden sobre sus respectivos argumentos de hecho y derecho, quedando los autos conclusos y vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El 13 de julio de 1999 D. Carlos Manuel y D^a Azucena suscriben con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, cuya sucesora es KTJTXABANK S.A. un contrato de préstamo con garantía personal por importe de 78.131,57 €, a devolver en 25 años.

SEGUNDO.- En tal contrato se dispuso que durante los 12 primeros meses el interés que se satisfaría por la cantidad prestada fuera del 3,25 % anual, y a partir de entonces operaría interés variable.

TERCERO.- La cláusula primera del contrato dice en su quinto y sexta párrafos:

"El nuevo tipo de interés será el resultante de REDUCIR. en VEINTICINCO CENTÉSIMAS, de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria, otorgados por el colectivo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito Hipotecario, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre y que sea el último publicado por el Banco de España, en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

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

El resultado de los conceptos antes expresados, se redondeará al alza, al más cercano múltiplo de por ciento. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos trimestrales contados a partir de la finalización del primer periodo ".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos probados

El art 217 de la ley 1/2000 , de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone las reglas sobre la carga de la prueba, A la conclusión de los hechos probados que antes se han referido se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LEC , tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada.

El primero de los hechos que se han declarado probados se desprende del doc n° 1 de la demanda (folios 35 y ss), no impugnado por las partes, donde se recogen los términos del préstamo, el nominal prestado, el plazo para la restitución, la garantía hipotecaria y los intervinientes.

El segundo hecho probado aparece en el citado doc. n° 1 de la demanda, cláusula primera, párrafo tercero, reverso folios 37 de los autos.

El tercer hecho probado se constata del doc n° 1 de la contestación a la demanda, cláusula primera, párrafos quinto y sexto al reverso folio 37 y folio 38 de los autos.

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

SEGUNDO.- Sobre la cláusula de redondeo

Los demandantes cuestionan la validez de la cláusula de redondeo al alza que contiene el párrafo sexto de la cláusula primera del contrato suscrito por las partes, que dice: "El resultado de los conceptos antes expresados, se redondeará al alza, al más cercano múltiplo de *A por denlo. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación partí periodos trimestrales contados a partir de la finalización del primer periodo ".

Kutxabank opone que ha dejado de aplicar el redondeo al alza desde antes de que el Tribunal Supremo dictara sus primeras resoluciones, a finales de 2010 y principios de 2011, porque no lo hace desde 2008, y en el caso concreto' de los demandantes, desde el 13 de abril de 2008, lo que saben los demandantes y aparece en el doc n° 1 de los presentados con la demanda, folios 48 y ss de los autos, que es el extracto de movimientos de la cuenta de los actores.

Si esto es así, no se comprende que Kutxabank no se allane a la pretensión de nulidad por abusiva del párrafo controvertido antes reproducido. Si no se aplica, como se afirma)será por alguna razón. Si no es por la



jurisprudencia sobre la cláusula de redondeo, habrá alguna razón, y sobre todo, debiera haber habido alguna comunicación, con el fin de que no quede a la arbitrariedad del banco predisponente la aplicación o no de la misma.

Lo explica con claridad la SAP Madrid, Secc. 28ª, de 26 julio 2013, reo. 161/2012, cuando expone que "Ya que la vocación con la que se elaboran las condiciones generales es la de su continuada utilización en una pluralidad de contratos incumbe al profesional predisponente de las cláusulas el alegar y también probar que ya no existía peligro de continuación en la utilización de las que fueran objeto de la demanda al tiempo de interposición de la misma. De manera que sólo podría rechazarse la acción colectiva de cesación por extemporánea (tardía) si el profesional acreditase que, al referido momento procesal, ya se habría evaporado el riesgo de que pudiera continuarse con la aplicación del clausulado reputado como ilícito. El modo más adecuado de demostrarlo sería justificar que antes del inicio del proceso habría ya renunciado a la utilización del clausulado problemático y no sólo que hubiese dejado de incluirlo en los nuevos contratos sino que además hubiese comunicado de modo expreso a los adherentes a ese antiguo clausulado que ya no ejercería derecho alguno derivado del mismo, a partir de ese momento, en los contratos hasta entonces suscritos". En igual sentido la SAP Salamanca, Secc. 1ª, de 22 octubre 2012, rec. 156/2012.

Si hubiera habido alguna comunicación escrita de Kutxabank a los prestatarios indicando que no había intención de volver a utilizar la cláusula de redondeo, tendría sentido su oposición. Pero no la hay, de modo que los prestatarios están al albur de la decisión del banco predisponente en cada momento. Porque igual que ha decidido no aplicar el redondeo al alza, puede hacerlo en el futuro. Ni siquiera ahora, tras la demanda; hay tal seguridad, porque el banco se limita a pedir la desestimación de la demanda, ya que no se allana a la petición de nulidad.

Por ello, y no habiendo duda sobre la nulidad pretendida en cuanto ha sido declarada en esta materia del redondeo al alza en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007, 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, 2 marzo 2011, reo. 33/2003, procede la estimación de la demanda en este apartado conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre (as cláusulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores**, los arts. 8.2 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y el art 85 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias, aunque en el momento de suscribirse el contrato la referencia sea el artículo 10 bis y DA. 1ª LGDCU.

TERCERO.-De la posibilidad de control del interés adoptado

Mantiene Kutxabank S.A. que no cabe control judicial del índice IRPH Entidades, en tanto que el mismo constituye parte del precio del contrato suscrito. Se esgrime al respecto tanto la STS 18 junio 2012, rec 46/2010, como la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, muy conocida por haber declarado la nulidad de algunas "cláusulas suelo" de varias entidades bancarias por falta de transparencia, y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores**. Entiende la parte demandada que los demandantes lo que buscan es modificar el precio del contrato, puesto que a su entender, el interés que se abona por el préstamo es su precio.

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

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

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

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



2010, C-484/08, caso Caja Madrid (que declaró nula la cláusula de redondeo por considerarla abusiva al no existir reciprocidad), que el Reino de España no incorporó e) art 4.2 de la Directiva a nuestra Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (§ 9). Añade (§ 28) que la Directiva "... sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al **consumidor** una protección más elevada que la prevista por la Directiva", Y el § 32 dice: "Se desprende por tanto del propio tenor del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, como ha señalado la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, que no puede considerarse que esta disposición defina el ámbito de aplicación material de la Directiva. Por el contrario, las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible".

Tras ese razonamiento la STJUE 3 junio 2010, caso Caja Madrid, concluye (§ 35): "De ello se sigue que las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2". Y en el apartado 1 del fallo "Los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y Comprensible".

En las conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Walsh, presentadas el 12 febrero 2014, caso Árpád Kásler, C-26/13, vuelve a analizar el art. 4.2 de la mencionada Directiva y en su § 35 dice que "... resulta sorprendente que la Directiva 93/23, cuyo principal objetivo es proteger al **consumidor**, excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato. Esto explica ciertamente que determinados Estados miembros hayan elegido ampliar el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, no incorporando la limitación derivada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, en sus normas de transposición". Aludiendo directamente a nuestro ordenamiento jurídico el § 37 dice "El Tribunal de Justicia puso parcialmente esta paradoja en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, que aportó precisiones significativas con respecto al papel que desempeña el artículo 4, apartado 2, en el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13".

Cuando se resuelve dicho asunto la STJUE 30 abril 2004, C-26/13, caso Arpad Kásler, entiende que es posible que las cláusulas contempladas en su art. 4.2., puede ser analizadas, máxime cuando España no ha incorporado tal apartado de la citada directiva, lo que supone que los tribunales españoles pueden analizar el objeto principal del contrato, y la adecuación entre el precio y la retribución.

Además tal tesis se mantiene por nuestra jurisprudencia en STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", y la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, que citando las anteriores, expresa en su FJ 3º: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los **consumidores** las "fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto", con base en los artículo 8.2 de la ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del **consumidor**, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 -C 484/08- ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible". En el mismo sentido, la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012, § 188 que indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 /CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial



él precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "Método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

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

En cuanto a la jurisprudencia, habrá que precisar que nuestro Tribunal Supremo ha dictado pronunciamientos de lo más diverso, Además de los que cita la parte demandada en su contestación, puede recordarse lo que ha dicho la STS 4 noviembre 2010, rec. 982/2007 y 29 diciembre 2010, rec. 1074/2007, cuando declaran nulas las llamadas "cláusulas de redondeo", o la STS 2 marzo 2011, rec. 33/2003, citando las anteriores, que en su FJ 3º asegura: "La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los **consumidores** las "fórmulas de redondeo al alta de las fracciones de punto", con base en tos artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente Caso, de estipulaciones' no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del **consumidor**, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 -C 484/08 - ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden "apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un **consumidor**, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible' .. Como se aprecia, el Tribunal Supremo admite en estas sentencias el control que la entidad demandada sostiene imposible con arreglo a la Directiva.

De cualquier forma, una cosa es que los tribunales no estén para evaluar si el precio convenido fue alto o bajo, o la calidad mucha o poca, y otra diferente, constatar elementales principios del derecho de la contratación, como el justo equilibrio de las prestaciones, ó el respeto a normas imperativas en ámbitos especialmente protegidas, como es el caso de la contratación bancaria, muy en particular cuando se refiere a la adquisición de vivienda destinada a hogar familiar. No inmiscuirse en el precio convenido es una cosa, y asegurar el cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, en particular cuando se trata de tutelar los derechos del cliente bancario y de los **consumidores**, otra bien diferente, y esta última función corresponde sin duda a los tribunales.

Finalmente, cuando el art 4.2 de la Directiva había de la "definición del objeto principal del contrato" debe entenderse se refiere a aquellos elementos que esencialmente lo caracterizan. Nos encontramos ante un contrato de préstamo, que en nuestro ordenamiento jurídico es naturalmente gratuito, como rotundamente dispone el art. 1755 CCv, que establece "no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado". Un contrato de préstamo, aunque cuente con garantía hipotecaria, puede existir sin pacto de remuneración mediante intereses. Es decir, discrepándose de la cita doctrinal que realiza la parte demandada, que entiende que interés es la causa del contrato para el prestamista, según nuestro Código Civil ni el interés puede ser causa, ni el objeto principal del contrato desaparece aunque no haya pacto de interés.

El pacto de interés es accesorio, no esencial, puesto que hay préstamo aunque no haya pacto de interés. De modo que no puede considerarse que el "objeto principal del contrato" pueda verse afectado por este pronunciamiento judicial, porque si no hubieran convenido las partes interés variable referenciado al IRPH Entidades, seguiría habiendo préstamo, reconocible sin tal previsión. Al ser prescindible, no se altera la esencia de lo convenido en un contrato de préstamo, que es la devolución del tantumdem, es decir, "otro tanto de la misma especie y calidad", que menciona el art. 1753 CCv cuando define el simple préstamo.

La propia STS 9 mayo 2013, rec. 485/201 .2 lo entiende así en su § 188 cuando explica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato "ya "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom), sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de



modificación del precio". En definitiva, al analizar el interés de un préstamo no se entra en el objeto principal, sino en una cláusula que pese a lo frecuente sigue siendo accesorio en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado.

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

CUARTO.- Sobre la nulidad del índice IRPH Entidades

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

Como son varias las razones que se esgrimen se analizarán separadamente. La mayor insistencia de la parte actora se centra en lo manipulable del IRPH Entidades, que considera se conforma con una decisiva participación de la parte demandada. El dato es admitido por la demandada aunque sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda, y corresponde su determinación al Banco de España. Cuanto se indica profusamente en la contestación no es óbice, sin embargo, para que pueda analizarse si cabe su manipulación. Y admitido que las entidades son las que facilitan los datos para que se elabore, cabe concluir que la concreción de la cuantía del índice se verifica con datos que facilitan tales entidades respecto a los préstamos que conceden. Si conceden más préstamos a un interés superior, éste se eleva. Si conceden más a precio inferior, disminuye.

En mayor o menor medida, por lo tanto, la entidad demandada influye en el importe del índice que se utiliza. Además ante la progresiva disminución del número de cajas, esa influencia ha ido creciendo. Queda comprometido, por tanto, lo dispuesto en el art. 1256 CCv que dispone "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Por eso algún fundamento tiene el reproche que se hace en la demanda porque, apartando por peyorativo el término "manipulable", en tanto que una de las partes, el prestamista, tiene la posibilidad de influir en el importe del índice tomado como referencia por el préstamo suscrito entre los litigantes.

El dato tiene relevancia porque no hay constancia en la escritura de constitución del préstamo de que advierta de algo semejante, o que se explique, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH, disciplinadas en normas de rango reglamentario y por lo tanto de muy complicado conocimiento, y no afectadas por la previsión del art. 6.1 CCv, al margen de que el índice se publique por el Banco de España, conocer esa circunstancia; es decir, la posibilidad de que una decisión comercial del prestamista pueda influir directamente, y en medida relevante dado el escaso número de cajas, en el importe del índice de referencia, podría haber pesado en la decisión de los contratantes de elegir uno de los siete tipos oficiales que existían al tiempo de constituirse el préstamo con garantía hipotecaria.

Ese dato permite conectar con otra de las alegaciones que se hacen en la demanda, que es la falta de transparencia. Dicen los demandantes que no se respetaron las previsiones que, al momento de suscribirse el contrato, establecía el ordenamiento jurídico. El préstamo se toma el 27 de junio de 2006, bajo la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En desarrollo de la DA 2ª de esa orden se dicta la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE 3 agosto 1994), que prevé el IRPH Entidades como uno de los índices oficiales a que se refiere la orden.

Al margen de que hubiera la oferta vinculante que se presenta como doc n° 1 de la contestación a la demanda, folio 105, la citada Orden de 5 de mayo de 1994 dispone en su art. 6.2 que "en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades". Es decir, la norma que habilita en su DA 2ª que el IRPH Entidades pudiera ser utilizado como índice oficial advierte que no debiera ser susceptible de influencia por la propia entidad de crédito, o por varias de ellas concertadas. En idéntico sentido, la Circular 8/1990 modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, en el apartado 7 de su norma 6ª.

La entidad demandada admite que el índice se elabora con los datos que ella misma, y otras cajas, facilitan con tal fin. Por lo tanto, el índice utilizado es influenciado. En consecuencia, el IRPH Entidades, partiendo del propio

reconocimiento de la parte demandada respecto al modo en que se determina su cuantía, supone vulnerar normas administrativas como las citadas, el art. 1256 CCv, y el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los **consumidores** de préstamos ó créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, lo que en aplicación del art. 6.3 CCv acarrearía su nulidad, como ha reiterado la jurisprudencia (STS 30 noviembre de 2006, rec. 5670/2000, 31 octubre 2007, rec. 3948/2000, 10 octubre 2008, rec. 5707/2000, 19 noviembre 2008, rec 1709/2003, 9 diciembre de 2009, rec. 407/2006, 22 diciembre 2009, rec. 407/2006, 11 junio 2010, rec. 1331/2006, 7 octubre 2011, rec. 504/2008, 30 octubre 2013, rec. 1899/2011).

Además el demandante ostenta la condición de **consumidor**, y adquiere con el préstamo con garantía hipotecaria su vivienda habitual. Está amparado, en consecuencia, por las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios (LGDCU), vigente al tiempo de suscribirse el contrato, cuyas previsiones contiene hoy el RDL 1/2007.

El art. 2.1 de tal norma establecía que era derecho básico de los **Consumidores** y usuarios, en su apartado b), la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a prácticas comerciales y cláusulas abusivas, y en su apartado d), el derecho a información correcta sobre los diferentes bienes y servicios. El art. 10 LGDCU en la redacción vigente al tiempo de firmarse el préstamo disponía que la presentación de los bienes y servicios debe ser de tal naturaleza que no induzcan a error al **consumidor**. A su vez el art. 13.1.d LGDCU decía que debe facilitarse información sobre "las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al **consumidor** sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al **consumidor** y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares".

En el caso analizado se constata la vulneración de tales previsiones, puesto que no consta facilitada a los prestatarios la información precisa para conocer la influencia que tenía la prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable que iba a aplicarse a partir del segundo año de eficacia del contrato, teniendo en cuenta, además, que su duración era muy extensa, veinticinco años, de modo que eran datos decisivos. La información precontractual ni siquiera consta, pues no se ha hecho ninguna alegación al respecto. Aunque se alega que se ha negociado, tal alegación precisa prueba, que conforme al tercer párrafo del art. 10 bis 1 LGDCU, compete al predisponente.

Se trata, además de una condición general de la contratación, tal y como las define el art. 1 LCGC, que como señaló el § 142 de la STS 9 mayo 2013, rec. 485/2012 y reitera la STS 16 julio 2014, rec. 1257/2013, aludiendo al interés en el caso del contrato de préstamo, pues allí se analizaron "cláusulas suelo". Dice el art. 8.1 LCGC "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". Pues bien, como se expresó antes, la referencia al IRPH Entidades sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de las normas antes expresadas, de naturaleza imperativa, es decir, el art. 1256 CCv, el art. 60.1 TRLGDCU, y la disciplina bancaria antes mencionada que obligan a un nivel de información y transparencia que no refleja la escritura de préstamo disponible.

Apreciándose la nulidad conforme la previsión del art. 8.1 LCGC y 6.3 CCv, debe declararse nula la estipulación tercera bis en cuanto dispone como índice del interés variable el IRPH ENTIDADES.

QUINTO.- Sobre las consecuencias de la nulidad

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

El art. 1303 establece, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH Entidades, y siendo el préstamo contrato naturalmente gratuito conforme al art. 1755 CCv, habrá de reintegrarse a los demandantes la totalidad de lo percibido por interés desde la firma del contrato, junto con su interés legal desde la fecha de presentación de la demanda vistos los arts. 1100 y 1108 CCv, y la cifra que resulte de todo lo anterior, interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al art. 576.1 LEC .

SEXTO.- Sobre las costas



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

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

FALLO

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

2.- DECLARAR la nulidad del párrafo sexto de la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por D. Carlos Manuel Y D^a Azucena y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián -Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., el día 13 de julio 1999, que dice; "El resultado de los conceptos antes expresados, se redondeará al alza, al más cercano múltiplo de por ciento. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos trimestrales contados a partir de la finalización del primer periodo ".

3.- DECLARAR la nulidad del párrafo quinto de la cláusula primera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por D. Carlos Manuel Y D^a Azucena y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San. Sebastián - Gipuzkoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa, en la actualidad, KUTXABANK S.A., el día 13 de julio 1999, que dice: "El nuevo tipo de interés será el resultante de REDUCIR en VEINTICINCO CENTÉSIMAS, de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria, otorgados por el colectivo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito Hipotecario, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre y que sea el último publicado por el Banco de España, en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado. Esta referencia publicada por el Banco de España como T.A.E. se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los períodos de pago de interés previstos para esta operación ".

4.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a dejar de aplicar en el futuro las cláusulas citadas.

5.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes el importe recibido en concepto de interés por el préstamo de 13 de julio de 1999.

6.- CONDENAR a KUTXABANK S.A. a abonar a los demandantes interés legal de la cantidad señalada en el anterior apartado desde el 4 de marzo de 2014 hasta hoy.

7.- 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 5 y 6.

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

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

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

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

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

PUBLICACIÓN.- La sentencia transcrita fue leída y publicada por SS^a en audiencia de hoy. Doy fe.