

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIANº 4 DE SAN SEBASTIÁN - UPAD CIVIL

**ARLO ZIBILEKO ZULUP - DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 4 ZENBAKIKO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA, 1-1ªPLANTA - CP/PK: 20012 TEL.:
943-000734 FAX:

Correo electrónico/ Helbide elektronikoa: instancia4.donostia@justizia.eus /
auzialdia4.donostia@justizia.eus

P.Op.ej.hipot. / Hip.bet.aur.p. 3/2020 - C42

Descripción de la Pieza: 2240191/2017 / Pieza: E_ 2240191/2017

Ejecutante/ Exekutatzailea: KUTXABANK S.A. Procurador(a) / Prokuradorea: IÑIGO
NAVAJAS SAIZ Abogado(a) / Abokatua: CAROLINA ARIZMENDI MARTINEZ

Ejecutado(a) / Exekuziopekoa: XXXXXXXXXXX

Procurador(a) / Prokuradorea: FRANCISCA MARTINEZ DEL VALLE

Abogado(a) / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

AUTO N° 134/2020

JUEZ QUE LO DICTA: D HÉCTOR LÓPEZ CAUSAPÉ

Lugar: Donostia / San Sebastián

Fecha: dos de julio de dos mil veinte

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En fecha 15 de marzo de 2017 se presentó en este Juzgado demanda de ejecución hipotecaria iniciada por Kutxabank SA, contra xxxxxxxxxxxxxx, correspondiéndole el número 191/2017.

En fecha marzo de 2020 se presentó oposición a la ejecución, con base en la existencia de cláusulas abusivas, convocándose a las partes a la vista, que tuvo lugar el 1 de junio de 2020.

Comparecidas las partes el día y hora señalados, las partes expusieron sus posiciones, practicándose únicamente prueba documental, tras la que se formularon conclusiones, quedando las actuaciones vistas para dictar resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Art. 695.1.4º establece como causa de oposición a la ejecución hipotecaria la posible existencia de cláusula abusivas, y es precisamente esta circunstancia la que alega la parte ejecutada en su oposición a la ejecución.

En concreto plantea la nulidad de dos cláusulas, la 6.bis.en su primer apartado, relativa al vencimiento anticipado, y tercera bis, en relación a la aplicación IRPH-Cajas. Todo ello en relación a la escritura de subrogación del préstamo hipotecario realizado por xxxxxxxxxx de 9 de octubre de 2007

Así, la primera de las cláusulas fija como vencimiento anticipado "El impago total o parcial, de alguna de las cuotas o plazos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria".

En cuanto a la segunda, se señala "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de incrementar en cero enteros cien milésimas por ciento de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, al IRPH-Cajas.

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

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

SEGUNDO.- Comenzando con la cuestión del vencimiento anticipado, ya hemos visto que se fija "El impago total o parcial, de alguna de las cuotas o plazos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria".

En esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal Supremo, interpretando las disposiciones emanadas del TJUE. Así tenemos la sentencia 705/2015 de 23 Dic. 2015, Rec. 2658/2013, también en un supuesto en el que intervenía BBVA, entendiendo el Tribunal Supremo que la declaración del vencimiento anticipado como nulo, no tiene por qué conllevar la finalización del procedimiento ejecutivo.

De este modo indica el Tribunal Supremo que "1.- En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC (LA LEY 1/1889) prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC (LA LEY 58/2000), siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (LA LEY 1/1889) (Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 o 16 de diciembre de 2009, entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre (LA LEY 273170/2009) , con base en el art. 1255 CC (LA LEY 1/1889) , reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos "cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo"

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011, señalamos:

« Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio (LA LEY 61759/2008) , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 (LA LEY 1/1889) y 1129 del Código Civil (LA LEY 1/1889), no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio (LA LEY 61759/2008) , precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC (LA LEY 1/1889)), cuando concurra justa causa para

ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

Y en la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre (LA LEY 125944/2015), a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, establecimos que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13 (LA LEY 46626/2014)).

2.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73 que: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

3.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio (LA LEY 11653/2015)). Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control

abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación".

En este caso, la cláusula que nos ocupa tampoco cumpliría esos parámetros, dado que se establece la posibilidad del vencimiento por el incumplimiento de cualquier tipo de obligación, principal o accesorio, y sin fijar el número de cuotas por las que podría vencerse la obligación, que podría ser incluso por una cuota, sin que se establezca criterios de moderación alguna en relación al incumplimiento que se produce, tal como señala el Tribunal Supremo, y además, permite el vencimiento anticipado incluso aunque el impago se produzca respecto a una parte de cualquier de las obligaciones, es decir, incluso por una parte de una cuota, ya se podría dar por vencida la obligación conforme a la redacción de la cláusula.

Lo expuesto supone la nulidad de la cláusula por su carácter abusivo, debiendo resolverse en este punto sobre las consecuencias de esa declaración, es decir, si procede o no la continuación de la ejecución. Y sobre este punto el Tribunal Supremo, a raíz de las resoluciones del TJUE, y de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y en concreto el Art. 24. Como veremos, lo que el Tribunal Supremo tiene en cuenta para determinar si procede o no la continuación, no es la fecha en que se realizó la escritura pública, sino el momento del vencimiento, que en nuestro caso se produjo el 4 de diciembre de 2015, siendo irrelevante las cuotas que pudieran haberse generado a posteriori, desde el momento en que el propio banco decide vencer la totalidad de la deuda. Lo relevante es las que se dejaron de abonar con anterioridad.

Así, el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de septiembre de 2019, señala "11.- Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

- a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.
- b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.
- c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.
- d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título,

sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019. Y ello, porque: El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa. La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma".

En nuestro caso, el vencimiento se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, reputándose nula la cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, deberá examinarse, tal como señala el Tribunal Supremo, si el incumplimiento cumple o no con los requisitos de gravedad de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

De este modo, el Art. 24 señala "b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses".

En nuestro caso, el saldo deudor en el momento de la subrogación de fecha 9 de octubre de 2007, era de 47.134,38 euros, alegando un incumplimiento continuado desde abril de 2014 a diciembre de 2015, momento en que se produce el vencimiento, tratándose de un préstamo a 30 años. Es decir, el incumplimiento se produce en la primera mitad de la duración del préstamo.

Así "Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses". Lo

primero que se debe indicar es que el 3% del capital concedido en la subrogación, es decir, 47.134,38 euros, equivale a 1.414,03 euros. Aquí, como podemos ver en la liquidación, el capital adeudado al cierre de cuenta es de 4.296,48 euros, es decir, superior a ese 3%, pero es que además, también se cumple el requisito alternativo, ya que en el momento del vencimiento se han dejado de abonar doce cuotas mensuales. Si observamos la liquidación presentada, podemos comprobar que entre abril de 2014 y diciembre de 2015 únicamente hay tres pagos, el de 2 de enero de 2014, por importe de 236,68 euros, el de 4 de febrero de 2014, por importe de 10 euros, y el de 18 de agosto de 2015, por importe de 150 euros.

En definitiva, el incumplimiento del deudor reviste la gravedad señala en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y en consecuencia, y conforme a lo señalado por el Tribunal Supremo, procede la continuación de la presente ejecución, no obstante haberse declarado nula la cláusula de vencimiento anticipado.

TERCERO.- En cuanto a la segunda, se señala "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de incrementar en cero enteros cien milésimas por ciento de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, al IRPH-Cajas.

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

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

Debemos partir, en primer lugar, que la propia escritura de subrogación fija cuál debe ser el interés alternativo para el caso de que no resulte de aplicación el IRPH-Cajas, que no es otro que el Euribor más un punto.

Respecto al IRPH-Cajas, es cierto que existe jurisprudencia que venía considerando que no podía declararse su nulidad, por su carácter abusivo, y ello atendiendo a que se trataba de un índice oficial, y que era objeto de publicación. No obstante, y en este punto, hay que tener en cuenta la reciente sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, C-125/2018, que, al margen de declarar que la cláusula estaría sometida a las disposiciones de la directiva 93/13, realiza otras consideraciones.

En esta sentencia se indica "Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato

de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés".

Previamente se indica " Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés".

Finalmente, y en cuanto a las consecuencias de una declaración de abusividad, se indica "en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio.

67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

Se puede citar aquí la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, Sentencia 266/2020 de 6 May. 2020, Rec. 754/2019, que señala "A tal fin, de manera expresa señala esta resolución como circunstancias pertinentes que el juez nacional debe tener en cuenta (55) para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida, en el momento de la celebración del contrato, aparte de su comprensibilidad en un plano formal y gramatical (incorporación), que posibilite a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (51), comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras, además de constituir un término útil de comparación entre ese índice y otras formas de cálculo del tipo de interés (transparencia), para añadir como obligación concreta de la entidad financiera: la de informar a los consumidores de cual había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo con ese índice y del último valor disponible (54), lo que viene recogido de manera expresa por la Orden 5 mayo 1994 (Anexo 1, Punto 3), sea cual sea la cuantía del préstamo o crédito, y con mayor amplitud en la posterior Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre".

Efectivamente, la propia Orden de 5 mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios señalaba "Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible)". Dicha norma comenzó estuvo vigente desde el 11 agosto 1994 hasta 29 abril 2012. Es decir, estaba en vigor en el momento de la subrogación en el préstamo hipotecario del año 2007".

Como nos ha indicado el TJUE "También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés".

Es decir, la Orden citada establecía, precisamente, la obligación de indicar la evolución del índice durante, al menos, los dos últimos años naturales, algo que, en este caso, no se ha realizado, tal como podemos constatar del contenido de la escritura pública.

Esto, conforme a lo expuesto por el TJUE, supondría la nulidad de la cláusula, que no cumpliría con los criterios de transparencia.

En cuanto a la consecuencia, ya hemos visto como el TJUE hacía referencia a la posibilidad de sustitución por la propia norma interna cuando se dieran las circunstancias que en su sentencia se indican. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, las partes han pactado un índice sustitutivo, que no es otro que el Euribor más un punto, respecto al cual la parte ejecutada no ha planteado declaración de nulidad alguna, y que por tanto, deberá aplicarse en lugar del declarado nulo.

CUARTO.-AI haberse estimado parcialmente la oposición a la ejecución, y conforme al principio de vencimiento objetivo, corresponde a cada parte el pago de las costas que privativamente se hubieran causado, siendo las comunes por mitad.

PARTE DISPOSITIVA

Estimo parcialmente la oposición a la ejecución planteada por xxxxxxxxxxxxxxxx y se debe declarar nula la cláusula sexta. Bis en la siguiente redacción "El impago total o parcial, de alguna de las cuotas o plazos correspondientes a cualquiera de las obligaciones dinerarias a cargo de la parte prestataria" y la cláusula tercera en la siguiente redacción "El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de incrementar en cero enteros cien milésimas por ciento de puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, al IRPH-Cajas. Se entiende por IRPH-Cajas la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria otorgados por las Cajas de Ahorro, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior a cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado. Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para periodos anuales contados a partir de la finalización del periodo a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada periodo", debiendo continuarse la presente ejecución, y con aplicación en lugar del índice declarado nulo, el de Euribor más un punto pactado de forma supletoria por las partes en la escritura, debiendo presentar Kutxabank nueva liquidación con la aplicación del referido índice sustitutivo.

Al haberse estimado parcialmente la oposición a la ejecución, corresponde a cada parte el pago de las costas que privativamente se hubieran causado, siendo las comunes por mitad

Notifíquese el presente auto a todas las partes personadas en este procedimiento.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (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).

El plazo indicado para recurrir quedará ampliado en otros VEINTE DÍAS hábiles más en el caso de que esta resolución se notifique en los términos establecidos en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

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 0049-3569-92-0005001274, expediente judicial nº 1855-0000-06-0191-17, 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.

Lo acuerda y firma S. S. Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.