

**UPAD MERCANTIL - JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VITORIA-
GASTEIZ / MERKATARITZA-ARLOKO ZULUP - GASTEIZKO
MERKATARITZA-ARLOKO 1 ZENBAKIKO EPAITEGIA**

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª planta - C.P./PK: 01008 TEL.: 945-004877 FAX: 945-004827

Procedimiento / Prozedura: Pro.ordinario / Proz.arrunta xxx/2015 - J

Materia: DERECHO MERCANTIL

Demandante / Demandatzailea: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Abogado/a / Abokatua:

Procurador/a / Prokuradorea: SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO

Demandado/a / Demandatua: CAJA RURAL DE NAVARRA S.COOP. DE CREDITO

Abogado/a / Abokatua:

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA MERCEDES BOTAS ARMENTIA

S E N T E N C I A N º 178/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 12 de julio de 2016.

Vistos por mí, Mª Teresa Trinidad Santos, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, los presentes autos del Juicio Ordinario xxx/15, entre partes, de una como demandante xxxx xxxxxxx xxxxxx representado por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy Portillo y asistido de los Letrados Maite Ortiz y José María Erausquin, y de otra, como demandada, CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP. DE CRÉDITO representada por la Procuradora Mercedes Botas Armentia y asistida de la Letrada Asier Enériz, sobre condiciones generales de la contratación, y los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Martínez de Lizarduy interpone en nombre y representación de xxxxx xxxxxx xxxxxxxx, demanda de Juicio Ordinario contra la entidad CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP. DE CRÉDITO, en la que tras alegar los hechos que en ella se indican e invocar los fundamentos jurídicos que estima aplicables, termina suplicando que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 2

1. Se declare la nulidad de las siguientes cláusulas que no habrán de desplegar efecto alguno:

-Cláusula Tercera, rotulada “interés ordinario y revisiones del tipo de interés”.

-Cláusula Cuarta, el inciso referido a la comisión por impago.

-Cláusula Sexta, rotulada “intereses de demora”.

2. Que los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula tercera se extiendan a la cláusula tercera bis, por resultar que no cabe la existencia de una cláusula moduladora de los efectos de otra cláusula inexistente.

3. Como consecuencia inherente a la declaración de nulidad:

-Las partes se reintegren con los correspondientes intereses, las cantidades que por aplicación de las citadas cláusulas hubieran recíprocamente intercambiado.

-El préstamo continúe su devenir tras la expulsión de las citadas cláusulas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para contestar. La demandada contesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la contraria, manteniendo la validez de las cláusulas impugnadas.

TERCERO.- En la Audiencia Previa, se delimitan los hechos litigiosos, las partes proponen prueba, se admite y se señala el juicio.

En el juicio, se practica la prueba admitida y las partes formulan conclusiones, tras lo cual, quedan los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes ejercitan acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación insertas en el contrato de préstamo concertado con la demandada al amparo de lo dispuesto en 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 (LCGC), y el 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. 3

SEGUNDO.- Son hechos probados, sin perjuicio de los que se puedan ir introduciendo a lo largo de los razonamientos jurídicos sucesivos, los siguientes:

El 30.05.2005 el demandante suscribió con CAJA RURAL DE NAVARRA S.C.C. escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por el Notario Alfredo Pérez Ávila, bajo el número 1811 de su protocolo (doc. 1 demanda). El préstamo ascendió a 204.400 euros, con un plazo máximo de amortización de 35 años, un tipo fijo inicial durante el primer año del 3 % y a partir del año un tipo de interés variable resultante de adicionar un diferencial del 0,50 al tipo de Referencia y un diferencial de 0,25 al tipo de referencia sustitutivo. El tipo básico de referencia se estableció en el IRPH (media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, del conjunto de Entidades).

Como tipo básico de referencia sustitutivo, para el caso de que resulte imposible por razones ajenas a las partes la determinación del tipo de interés de referencia principal o IRPH, se estableció el de los Tipos Activos de Referencia de las Cajas de Ahorros Confederadas (CECA).

En la extensa cláusula tercera hay un párrafo que dice: “En ningún caso el interés del préstamo podrá rebasar el dieciocho por ciento anual”.

A continuación, la Cláusula Tercera bis dice: “ Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,75 por ciento anual”.

La cláusula cuarta dedicada a las comisiones, contiene un párrafo que dice: “Cada vez que se produzca un impago de cualesquiera de las obligaciones asumidas por la PARTE PRESTATARIA en virtud de la presente escritura, se devengará a favor de la CAJA RURAL DE NAVARRA una comisión de impagado de 30 euros que será pagadera por la PARTE PRESTATARIA en el momento en el que se produzca cada uno de dichos impagos.”

Finalmente, la cláusula Sexta dice:

“Sin perjuicio del derecho de resolución atribuido a la CAJA RURAL DE NAVARRA en los diversos supuestos pactados en esta escritura, de no efectuarse el pago de las cantidades que por principal, intereses y comisiones deba satisfacer la PARTE PRESTATARIA en las fechas y condiciones de esta escritura, y aun en el caso de que el préstamo haya sido declarado vencido por cualesquiera de las causas contractualmente previstas, devengarán las mismas, en concepto de MORA, día a día y hasta su total reintegro, sin necesidad de requerimiento alguno, un interés del DIECIOCHO por ciento, conforme a lo dispuesto en los artículos 316 y 317 del Código de Comercio.”

La entidad demandada está en posesión de un documento titulado “Oferta Vinculante Operación Hipotecaria” datado cinco días antes de la escritura pública y en el que se recogen, en relación a las cláusulas señaladas, las siguientes previsiones (doc. 1 contestación): 4

“Interés:

TIPO DE INTERÉS ANUAL.

Tramo Duración (meses) Tipo interés

1.1- 0 a 12 3%

1.2 Mas de 12 IRMH CONJUNTO ENTID. PUBLICADO BOE DEL MES ANTERIOR A FECHA DE REVISIÓN + 0,5

Tramo Características Interés Variable 1 -----

2 Mínimo 2,75 % Máximo 18 %. Frecuencia revisión: ANUAL Redondeo 0,000% Criterio Revisión: V.P. DÍA DE REVISIÓN.

(...)

TIPO DEMORA: 18%

TIPO LEGAL SUSTITUTIVO (ORDEN 5-5-1994 del Ministerio de Presidencia): CECA + 0,25% (...)

Comisiones: (...)

COMISIÓN POR IMPAGADO: 30,00 “

TERCERO.- Todas las cláusulas impugnadas son condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado por el empresario predisponente con un consumidor.

Para considerar la cláusula condición general de la contratación han de concurrir, según el art. 1 de la LCGC, los siguientes requisitos: a) contractualidad; b) predisposición; c) imposición; d) generalidad. En cambio es irrelevante: a) su autoría material, apariencia externa, extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) que el adherente sea un profesional o un consumidor, porque la Ley de Condiciones General de Contratación opera para ambos y c) que otros elementos del contrato hayan sido negociados individualmente, si esta circunstancia no se da en la cláusula impugnada y la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/13 insiste en los mismos razonamientos que la STS de 09.05.2013: “La valoración de los presupuestos o requisitos que determinan la naturaleza de las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial, ha sido objeto de una extensa fundamentación técnica en la Sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2013 (núm. 241/2013). En síntesis, entre las conclusiones de la doctrina jurisprudencial allí declarada, (Fundamento de Derecho Séptimo y Octavo, párrafos 131 a 165), se resaltaban las siguientes consideraciones: 5

"-parágrafo 144; a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias -singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial".

"-Parágrafo 165; a) la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".

Ahondando en esta cuestión, la Sentencia de la A.P. de Pontevedra, de 14.05.2014, señala que: el art. 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores, ha de acudir al art. 3.2 de la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, conforme al cual "(s)e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión". (...)

Finalmente, a los efectos de aplicar esta doctrina en un caso concreto, es preciso traer a colación tanto la regla general establecida en el art. 281.4º LEC y la doctrina jurisprudencial sobre la exención de la prueba de los hechos notorios (SSTS de 02.03.2009, 09.03.2009, 18.11.2010 y de 09.05.2013), como la norma sobre la carga de la prueba recogida en el art. 3.2 pfo. 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, y en el art. 82.2 pfo.- 2º del TRLCU, según el cual "(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba".

Es un hecho notorio que las escrituras públicas de préstamos hipotecarios se redactan por el Notario conforme a la minuta preparada, redactada y presentada por la entidad financiera. La propia escritura pública advierte de la existencia de condiciones generales de la contratación. Con independencia de no todos (muchos o algunos pocos) contratos de préstamo se referenciarán al IRPH e incluyeran la cláusula suelo, cláusula de comisión por posiciones deudoras y un tipo de demora del 18 %, es evidente que habida cuenta del ámbito de contratación en el que nos encontramos (contratación de productos de financiación destinados a la adquisición de vivienda) el empresario predisponente tendría que acreditar la 6

efectiva e individual negociación de las cláusulas cuestionadas para evitar que sean consideradas condiciones generales de la contratación.

No lo hace de ningún modo. Ni la documental que aporta acredita una efectiva negociación, ni el testimonio de una empleada que manifiesta no haber intervenido en la comercialización del préstamo sirve a estos fines.

Por tanto, es incuestionable que nos encontramos en el ámbito de la contratación seriada con consumidores y usuarios a la que resulta de aplicación la Ley de Condiciones Generales de la contratación y normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores.

CUARTO.- IRPH.

El índice “media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria” (llamémosle IRPH o IRMH) es uno de los índices oficiales y el Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorros Confederada (CECA), previsto en la escritura como índice sustitutivo, lo era hasta que desapareció definitivamente, conforme a lo dispuesto en la D.A. 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, el 1.11.2013.

En esta fecha, el Banco de España dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y tales referencias fueron sustituidas con efectos desde la siguiente revisión por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo y en defecto de éste o en caso de que este fuera alguno de los otros que también desaparecen la sustitución se debía realizar por el IRPH Entidades.

Tal efecto se inició con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 octubre) que en su artículo 27 enumera los tipos de interés que se consideran oficiales, y no incluye el IRPH Cajas y el tipo CECA..

La DT Única.1 de la Orden citada, establece que los tipos que ya no son oficiales desaparecerán en un plazo transitorio de un año. Durante el mismo, el Banco de España continuaría publicando mensualmente en su sede electrónica el IRPH Bancos, IRPH Cajas y el Tipo CECA, índices que se suprimen con carácter oficial, con las definiciones de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, pero con las peculiaridades que señala el apartado 2 de la citada DT Única OM 2899/2011. Sin embargo, esa publicación del Banco de España continuó hasta que la D.A. 15^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, puso término final a esa publicación e hizo efectiva la desaparición de tales índices.

Por tanto, desde este momento debe indicarse que no se trata ya de que se declare o no la nulidad del tipo de referencia sustitutivo previsto en el contrato (tipo CECA) sino que el mismo ha desaparecido con el efecto de ser el IRPH Entidades el previsto en la norma para sustituirlo –en ausencia de otra previsión en el contrato–, de forma que resultará afectado el índice sustitutivo por la misma suerte que el índice de referencia principal. 7

El IRPH Entidades está entre los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH 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. Del mismo modo se define en la vigente Circular 5/12 que desarrolla la Orden EHA /2899/2011.

Ese tipo de interés medio ponderado es el tipo anual equivalente declarado al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros (IRPH entidades).

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH.

La AP de Álava, en S. de 10.03.2016 concluye que: “La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (...) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado”.

Cita las Sentencias de la AP de Guipúzcoa de 10.07.2015 y de 09.06.2015. La primera, señala: “El hecho de que el legislador estableciera el IRPH Cajas (índice similar al IRPH bancos, existente hasta su desaparición junto con el anterior, aunque en realidad han venido a refundirse en el actual índice IRPH conjunto de entidades de crédito) como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le impone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice, no por el hecho de que su actuación, por la forma de cálculo del mismo, incida en él. Y, en este sentido, la sentencia de instancia reconoce que la alegación de los actores de manipulación del índice por KUTXABANK no ha sido tan siquiera objeto de prueba. 8

Por otra parte, la incidencia de la actuación de KUTXABANK en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concertar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo tipo de interés se toma en consideración para calcular el índice es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se verifica sobre préstamos otorgados no sobre ofertas realizadas), luego tanta incidencia tienen en la configuración del índice las cajas de ahorros que otorgan los préstamos como los consumidores que los suscriben”.

La segunda: “No cabe admitir los razonamientos de la sentencia de instancia en cuanto al carácter influenciado y manipulable del IRPH Entidades, puesto que: a) Se trata de un índice que sigue manteniéndose vigente después la OM 2899/2011, de 29 de octubre; b) Su manipulación por parte de las entidades prestamistas solo podría conseguirse, bien falseando los datos proporcionados al Banco de España (comunicando tipos de interés superiores a los realmente concedidos) o mediante un acuerdo del conjunto de entidades para elevar sus tipos de interés. La primera posibilidad implicaría una conducta delictiva por parte de las entidades de crédito, que en modo alguno cabe admitir por cuanto la actividad bancaria es un sector ampliamente regulado y sometido al control de Banco de España que verifica las oportunas inspecciones en las que se detectaría tal falseamiento de datos; y la segunda posibilidad implicaría una práctica contraria a las normas de competencia que además de ser detectada, con las consecuentes sanciones, ninguna ventaja podría acarrear para las entidades que incurrieran en tal práctica; y c) Que el índice IRPH Entidades se vea influido por los tipos de interés a los que las entidades financieras suscriben los contratos de préstamo no determina que el mismo sea manipulable por dichas entidades, pues el consumidor es libre de suscribir o no el contrato de préstamo y acudir a otras entidades financieras”.

Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. Tratándose de datos publicados, puede señalarse que en julio de 2008 cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393% el IRPH Entidades se encontraba al 6,006 %. Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009 cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242% el IRPH Entidades se encontraba al 2,819%. Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012 cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078 %.

QUINTO.- Explicado qué es y cómo se elabora el IRPH, debe someterse la cláusula contractual al doble control de transparencia.

La AP de Álava en la Sentencia señalada ha excluido la posibilidad de control de abusividad de la cláusula que referencia un préstamo a IRPH por entender (i) que se trata de una cláusula, de una condición, que define un elemento integrante del objeto principal del 9

contrato y (ii) que como tal no es posible someterla a control de abusividad. Sin embargo, entiende que aunque no pueda someterse a control de abusividad la cláusula impugnada, ello no determina que escape a la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la contratación y al control de transparencia –doble control de transparencia- en el ámbito de contratación con consumidores. Por tanto, sin ahondar en la posibilidad de control del contenido, nos detenemos en el doble control de transparencia.

Empecemos por recordar lo dispuesto por nuestro TS en Sentencia de 08.09.2014, que ya adelantaba en S. de 09.05.2013 y ha reiterado después en SS de 24 y 25.03.2015, de 29.04.2015 y de 23.12.2015:

“6. Caracterización del control de transparencia. En el marco del específico y diferenciado presupuesto causal y régimen de eficacia que informa el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, anteriormente señalado, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1 a TR-LGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predisposta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predisposta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014).

7. Fundamento. De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del Derecho de la contratación, particularmente, de este modo de contratar, el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Fiel a la naturaleza y función de este fenómeno, como a su peculiar presupuesto causal y régimen de eficacia, el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predisposta; SSTJUE de 21 de febrero de 2013, C-427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014). Extremo o enjuiciamiento que, como ya se ha señalado, ni excluye ni suple la mera "transparencia formal o documental" sectorialmente prevista a efectos de la validez y licitud del empleo de la meritada cláusula en la contratación seriada.

8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar 10

reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predisuelta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014, C-26/13, declarando, entre otros extremos, que: "El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Debe recordarse que el control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores no se limita al control de inclusión o de incorporación, sino que deben superar un doble control. Respecto al primero, el control de inclusión, de transparencia formal o documental, dijo el TS en S. de 09.05.2013 (pfo. 202): "Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". Pero además de ello, las condiciones generales tienen que superar un segundo control de transparencia, de comprensibilidad real de la cláusula, para lo que no es suficiente con señalar al consumidor adherente que existe tal o cual cláusula en su contrato, sino que debe proporcionarse toda la información necesaria para que conozca el funcionamiento concreto de la cláusula y su relación con el resto de cláusulas del contrato, información que destaque que se trata de una cláusula que incide en el precio del préstamo, es decir, en el objeto principal del contrato y que le permita conocer la carga económica de la misma -onerosidad y sacrificio patrimonial que le puede representar- y la carga jurídica que asume con ello, tanto en relación a los elementos típicos del contrato, como en relación al reparto de riesgos que representa.

En cuanto al control de inclusión, sabemos que el TS lo vinculó en Sentencia de 09.05.2013 al cumplimiento de la normativa sectorial, concretamente a la OM de 05.05.94. Se podrá decir que la operación que nos ocupa escapa al ámbito de aplicación de la referida normativa al superar el importe del préstamo los 25 millones de pesetas (art.1 de la OM) Sin embargo, que ello sea así no implica que a efectos de cumplir con las exigencias de incorporación del art. 5 LCGC, el empresario predisponente no deba entregar al adherente información escrita, clara y comprensible, que recoja las condiciones generales del contrato; y deberá facilitarlas –un ejemplar de las mismas, dice el art. 5 LCGC- antes de que lo haga el notario. Es decir, el instrumento público no suple el deber del predisponente. No puede hacerlo cuando, como es de sobra conocido y hasta el TS lo ha dicho, el momento del otorgamiento de la escritura pública no es el idóneo para que el adherente tome conocimiento de las condiciones 11

generales de la contratación, no negociadas individualmente, que se introducen en el contrato para cuya firma se le cita en notaría.

Ni rastro hay de prueba objetiva alguna que aclare la información que se pudo facilitar a los prestatarios sobre las condiciones del préstamo que se ofrecía. Lo que la entidad aporta es un documento interno que pudo ser entregado al prestatario o no. No está firmado por el prestatario, no hay recibí, acuse u otro signo que permita inferir que se trate de un documento efectivamente entregado al prestatario. Al margen de dicho documento lo que tenemos es la versión del demandante que afirma que nada se le entregó por escrito antes de acudir a la notaría y la versión de la empleada de la demandada que de entrada reconoce que no participó en la comercialización del préstamo, luego nada nos puede decir sobre lo que se entregó o no se entregó al cliente.

Y si la superación del control de inclusión exigiría realizar un acto de fe, mucho mas el control de transparencia y comprensibilidad real. Ni rastro hay de las alternativas que dice la empleada se ofrecían –en general- a todos los clientes, de documentos informativos de qué es el IRPH, como se configura, su evolución –siempre por debajo del Euribor-, de la incidencia que puede tener que se referencie un préstamo a IRPH con un diferencial del 0,25, frente a un Euribor con un diferencial superior, el coste comparativo de estas dos alternativas, simulaciones –no con el cálculo de la cuota que le sale a pagar con un IRPH más 0,25- sino con una y otra opción, y en fin, toda la información que el consumidor precisa para, primero conocer y comprender lo que se le está ofreciendo y después decidir si contrata o no con la demandada.

En conclusión, no existiendo prueba alguna al respecto, la cláusula impugnada no supera el filtro de transparencia y por ello debe declararse su nulidad, con la consiguiente expulsión de la misma del contrato.

SEXTO.- Interés de demora del 18 %.

Se pasa a continuación a analizar las cláusulas de interés de demora y de comisión por reclamación de posiciones deudoras, comenzando por la primera, si bien, para ambas debe señalarse que, encontrándonos como se ha dicho más arriba ante cláusulas no negociadas individualmente insertas en un contrato con un consumidor, en estos casos, a diferencia de lo que ocurre con el tipo de interés remuneratorio, no nos encontramos con cláusulas que definan el objeto principal del contrato y por tanto, no cabe plantearse siquiera exclusión alguna del control de abusividad.

Conforme al art. 82 TRLGDCU, (1) se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. (3) El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando

12

todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

(4) No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Entre las cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, el art. 85 TRLDCU cita (6) las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Como recuerda la STS nº 265/15 de 22.04.2015, rec. 2351/12: “... para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74).

El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz, párrafo 69)”.

Para ponderar si la indemnización en que consiste el interés de demora, en este caso del 18 %, es desproporcionada, puede compararse la regulación vigente al tiempo de suscribirse el contrato en diversos ámbitos. Así, en general la mora se sanciona en el art. 1108 del Código Civil con el interés legal. El interés legal del dinero en 2005 era del 5% (Ley 2/2004 de 27 de diciembre de 2004), superando el 18 % el triple de aquel.

En materia de crédito al consumo, el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), vigente al suscribirse el préstamo, señalaba “En ningún caso se podrán aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes a los que se refiere este artículo, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”, límite que supera el 18 % impuesto en el contrato del demandante. 13

En este punto hay que tener en cuenta el art. 89.7 TRLGDCU que, aunque referido a los descubiertos en cuenta corriente, señala que son condiciones abusivas que afectan a la perfección y ejecución del contrato “la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo».

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Incluso entre empresas, es decir, en un ámbito de menor protección que el de consumidores, el interés de demora aplicable conforme a la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, para el primer semestre de 2005 era del 9,09 %

Por otro lado, y aceptando el distinto fundamento y finalidad de los intereses remuneratorios y los moratorios, no puede dejar de observarse que frente a un interés remuneratorio fijo inicial del 3 % y un interés variable de IRPH más 0,25 un interés moratorio del 18 % resulta extremadamente alto.

No puede estimarse que un interés de demora que supera el triple del legal del dinero y cinco veces el remuneratorio resulte proporcional. A la vista de lo anterior, el profesional o empresario podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste no aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo hipotecario que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio.

Por lo expuesto, se estima abusiva, y por tanto nula, la cláusula sexta del contrato de préstamo que establece un interés de demora del 18 %.

SÉPTIMO.- En relación a la comisión por reclamación de posiciones deudoras, interesa particularmente invocar, pues como se razonará la cláusula cuestionada los infringe, los siguientes preceptos:

Art. 85 TRLGDCU: Cláusulas nulas por vincular cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario:

(3) Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor,

14

así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

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

Artículo 86: cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario

Artículo 87: Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. (5) Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva. (6) ...La fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Artículo 89: Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

(3) La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario.

Antes de avanzar, debe señalarse también que la cláusula relativa a la comisión por reclamación de posiciones deudoras ha sido analizada, y considera abusiva, por varios órganos judiciales. Se citará únicamente a modo de muestra la Sentencia de la AP de Guipúzcoa nº 125/2015, de 22.05.2015.

Establece el art. 3.1 de la OM 289/2011 de 28 de octubre: Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de crédito serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

También la norma tercera de la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela se dedica a las comisiones de las entidades financieras y tal y como señala la demandada el servicio de reclamaciones del Banco de España ha dado una pautas en su Memoria del año 2012 para el cobro de la comisión de reclamación de posiciones deudoras.

Sabemos que el cumplimiento de la normativa sectorial no excluye el control de abusividad de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores (pfo. 178 STS de 09.05.2013: “la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo 15

hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable”.

También que conforme a la STJUE de 11.06.2015, asunto C-602/13, el hecho de que una cláusula inserta en un contrato no haya sido aplicada o puesta en práctica no excluye el control de abusividad. Dice el Tribunal europeo:

“49 Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.”

La cláusula cuestionada establece a cargo del consumidor “cada vez que se produzca un impago” y “de cualesquiera de las obligaciones asumidas”, una comisión de 30 euros que se carga en la cuenta del cliente. El cargo se pretende justificar por la reclamación que efectúa la entidad, estableciendo que se devengará “una vez realizada la oportuna gestión personalizada de la que se dejará constancia fehaciente”.

Obsérvese que sigue sin decirse cuál es esa gestión o cual es el medio que se utilizará para reclamar. Si es una simple llamada telefónica o un correo electrónico, sigue siendo una comisión que no se corresponde con un gasto efectivo en el que haya tenido que incurrir la demandada. Cuando la cláusula dice “cada vez que se produzca un impago” y “de cualesquiera de las obligaciones asumidas en esta escritura”, no concreta si se trata de una comisión periódica como sostiene la demandante (cuota mensual en un préstamo, saldo diario en una cuenta a la vista....) o por el contrario es una comisión única, que de devenga se produzca o no de forma efectiva una reclamación.

Por lo expuesto, la cláusula infringe para empezar los arts. 85.3 TRLDCU (cláusulas cuya interpretación queda a la libre voluntad del empresario), art. 86 (pues con su imposición se priva al consumidor del derecho a conocer el medio de reclamación concreta que se va a emplear y por el que se le van a cargar 30 euros en la cuenta, cada cuanto se le carga y cuando, es decir, cuantos días tiene para regularizar la situación o atender la reclamación), art. 87.5 (pues constituye base para cobrar 30 euros por unos servicios que no se prestan). Por mas que la cláusula concrete que se devenga una vez hecha efectiva la reclamación, sigue sin decir qué medios o qué vías de reclamación son esas que comporten un gasto o un daño a la entidad que pueda estimarse en 30 euros. Es mas si tenemos en cuenta que generalmente la entidad también cobra comisión por mantenimiento y gestión de la cuenta, no se comprende porqué el aviso de una posición deudora (que puede ser un mero envío de SMS) genera una comisión independiente de 30 euros y en cambio otros avisos se 16

consideran incluidos en el servicio de mantenimiento y gestión que también se cobra. Por ello, sigue siendo una cláusula que prevé el cobro de un servicio no prestado; no hay actuación alguna de la entidad que justifique un gasto por su parte o un daño generado a la misma por importe de 30 euros.

Si a todo lo anterior añadimos que toda posición deudora conlleva además unos intereses moratorios por los que el cliente resarce a la entidad del daño o perjuicio por su incumplimiento, habrá de concluirse que la cláusula cuestionada constituye además una sanción desproporcionada para el cliente. La demandada invoca el derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios causados por la situación de impago, pero sin negarse que esto sea así, debe recordarse que para empezar los daños y perjuicios deben acreditarse y lo que no nos puede decir la demandada es que una llamada de teléfono o el envío de un correo electrónico o un SMS tenga un coste de 30 euros. Por tanto, infracción también del art. 85.6 TRLGDCU.

Y si a lo que se refiere la demandada es al hecho de tener que dotarse de medios personales y materiales para controlar los impagos, descubiertos e incumplimientos del cliente, es decir, que no es que la llamada o el mensaje tenga un coste de 30 euros, sino que es una estimación del coste a repartir entre los clientes incumplidores, debe recordarse que las entidades financieras son empresarios con ánimo de lucro, legítimo y amparado constitucionalmente por la libertad de empresa, pero correlativamente sometidos al riesgo empresarial. Si la entidad tiene que reclamar judicialmente la cantidad debida, podrá obtener una condena en costas que le resarza de los gastos por reclamación judicial (téngase en cuenta que en las costas nunca se incluyen los gastos por reclamación extrajudicial), no es requisito para reclamar judicialmente haber intentado previamente una reclamación extrajudicial. Es más, el cliente que tiene que efectuar una reclamación a la entidad financiera nunca obtiene resarcimiento por las reclamaciones extrajudiciales que le dirija, ya elija acudir en persona a la oficina y plantear su queja o reclamación al gestor que le atiende, ya opte por remitir un correo electrónico o una carta certificada. Por tanto la cláusula infringe también el art. 89.3 TRLGDCU al imponer al consumidor un gasto de tramitación que corresponde al empresario y el art. 87 por falta de reciprocidad.

En conclusión, la cláusula impugnada resulta nula por abusiva y su nulidad conlleva la expulsión del contrato con devolución de las comisiones que se hubiera podido cobrar en virtud de la misma como se concreta seguidamente.

OCTAVO.- Consecuencias de la nulidad.

Partimos del art. 9.2 LCGC que dispone que la declaración judicial de nulidad de las cláusulas que contienen condiciones generales aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. El art. 10.1 LCGC establece que 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. 17

El apartado 2 del mismo precepto señala que 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.

Sin embargo, pese a esta última previsión, el art. 83 TRLGDCU, en la redacción dada por la ley 3/2014 de 27 de marzo, señala: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

No hay ya previsión de integración del contrato en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios. Y no puede haberla conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria. El art. 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

El TJUE en Sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banesto/Calderón Camino), después de recordar que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional y que, justamente por esta situación de inferioridad, el art. 6.1 de la Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, dedica los apartados 58 a 73 a resolver la cuestión prejudicial suscitada sobre si el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una normativa de un Estado miembro, como la contenida en el anterior artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuía al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, declarando que:

"65 Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible". .

Tales argumentos son plenamente extrapolables al art. 10.2 LCGC.

En igual sentido, la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57: "El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la 18

consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".

El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

Ni siquiera podemos plantearnos que el art. 10.2 de la LCGC y el art. 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial del contrato, pues esta cuestión también ha recibido respuesta en el STS de 22.04.2015 al señalar:

“El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de

la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado”.

En el reciente Auto del TJUE de 17.03.2016 vuelve el tribunal europeo a insistir:

“37 En consecuencia, los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, en su caso procediendo a su anulación, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartados 28 y 41).

38 Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:2015:21, apartado 33)”.

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula tercera en cuanto establece como tipo básico de referencia el IRPH, produce en primer lugar la misma del contrato de préstamo, que pese a ello subsiste, pues no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC: No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com: Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, ni el interés remuneratorio ni el de demora son elementos esenciales del contrato. Al ser un pacto prescindible el contrato puede permanecer en vigor sin las cláusulas nulas.

Tampoco cabe aplicar el tipo sustitutivo previsto en el contrato (CECA) pues se trata de un tipo de referencia desaparecido. En consecuencia permanece el contrato con obligación de restituir en cuotas mensuales el capital del préstamo pero sin interés remuneratorio.

Lógicamente, expulsando del contrato el tipo de referencia, el efecto arrastra la inaplicabilidad de la cláusula tercera bis que establece límites a la variabilidad del tipo de interés.

El mismo efecto se produce en relación al interés de demora, que se elimina del contrato, sin que resulte aquí aplicable el efecto referido por el TS en S de 22.04.2015 y reiterado en S de 23.12.2015. No puede hablarse de permanencia del interés ordinario pese a la nulidad del moratorio pues el primero también se ha expulsado del contrato por defecto de transparencia en la contratación. 20

Finalmente, igual expulsión procede de la cláusula cuarta en la parte que regula la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, en nuestro caso materia de las cláusulas declaradas nulas, con sus frutos y el precio con los intereses. Por tanto, la nulidad del tipo de referencia principal IRPH conlleva que la entidad demandada debe restituir al prestatario las cantidades cobradas en virtud del IRPH aplicado a partir del primer año de vigencia del contrato, es decir, a partir de la aplicación del tipo de interés variable. Igualmente, si se hubiera producido el cobro, habrá de restituir las cantidades cobradas en virtud de la cláusula sexta y la comisión por reclamación de posición deudora.

Y ello con el interés legal del dinero de dichas cantidades (art. 1108 CC) desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC a partir de la presente sentencia.

NOVENO.- Estimada íntegramente la demanda, se condena en costas a la demandada (art. 394 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por xxxxx xxxxx xxxxx representado por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy Portillo, frente a CAJA RURAL DE NAVARRA S. C.C. representada por la Procuradora Mercedes Botas Armentia

DECLARO:

1. La nulidad de la estipulación recogida en la cláusula Tercera de la escritura pública de préstamo hipotecario suscrito por las partes el 30.05.2005 ante el Notario Alfredo Pérez Ávila bajo el número 1811 del protocolo notarial, en la parte que establece como tipo básico de referencia la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, del conjunto de Entidades.

-Dicha nulidad no conlleva la aplicación de tipo sustitutivo alguno pues el previsto en el contrato es un tipo de referencia desaparecido.

-Dicha nulidad afecta igualmente a la cláusula tercera bis que establece límites a la variación del tipo de interés. 21

2. La nulidad de la cláusula sexta de la misma escritura que establece el interés de demora en un 18 %.

3. La nulidad de la estipulación contenida en la cláusula cuarta, en cuanto se refiere a la comisión por reclamación de posiciones deudoras.

Y CONDENO a la demandada:

-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas estipulaciones o cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

-A pagar al demandante la cantidad que se determine en ejecución de sentencia con arreglo a las siguientes bases:

Debe devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades a partir del año de vigencia del contrato.

Si se hubieran cobrado, debe restituir también los intereses por demora y la comisión por reclamación de posición deudora.

-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

Se condena en costas a la demandada

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de ALAVA (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 0844111104053015, 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. 22

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, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a 13 de julio de 2016.