

SENTENCIA Nº 000086/2017

En Pamplona/Iruña, a 21 de abril del 2017.

Vistos por el Ilmo. **D. JOSE ANTONIO GONZALEZ GONZALEZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Pamplona/Iruña y su Partido, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº XXXXX/2015, seguidos ante este Juzgado a instancia de XXXXX XXXXX, representado por la Procuradora Dña. Ana Marco Urquijo y asistido por la Letrado Dña. Maite Ortiz Pérez, contra **KUTXABANK SA** representada por la Procuradora Patricia Lázaro Ciaurriz y defendido por el Letrado Sr. Barrutia, sobre reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, Aplicables al supuesto de autos, los que se dan total e íntegramente por reproducidos en la presente resolución y en razón a la brevedad no se transcriben y terminaba suplicando al Juzgado que se tuvieran por nulas y no desplegasen ningún tipo de efecto las cláusulas Tercera bis del tipo de interés variable, la cláusula cuarta sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras y la cláusula Sexta sobre intereses de demora.

SEGUNDO. - Que admitida a trámite se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciese en autos asistida de Abogado y Procurador contestara a aquélla, lo cual verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, en el que suplicaba que desestimase la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO. - Cumplido el trámite de contestación de la demanda se convocó a las partes a la celebración de audiencia previa, para cuyo acto se señaló el día 4 de abril de 2015 a las 13:15 horas. Al acto comparecieron todas las partes. La parte actora y la parte demandada realizaron las manifestaciones oportunas y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Por S.Sª se admitieron las pruebas propuestas y se señaló el día 2 de noviembre de 2016 a las 10 horas para la celebración del juicio.

CUARTO. - El mencionado día compareció la parte actora y la parte demandada. Practicadas a continuación las pruebas admitidas por S.S^a, quedaron los autos para dictar Sentencia.

QUINTO. - En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia dada la complejidad de la materia y la carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se interpone demanda por la parte actora ejercitando la acción de nulidad de las cláusulas tercera bis, cuarta y sexta relativas al tipo de interés variable, comisiones por reclamación de posiciones deudoras e interés de mora de las dos escrituras de préstamo hipotecario otorgadas por las partes con fecha 29 de junio de 2007 siendo la segunda novada en escritura de 15 de julio de 2009 en cuanto vienen a establecer como tipo nominal de interés el IRPH-CAJAS, una comisión por reclamación de posiciones deudoras de 30 € por cada reclamación y un interés de mora del 17,250% capitalizados, conforme previene el artículo 317 del Código de Comercio, devengando a su vez nuevos intereses, por considerarlas abusivas al amparo de la normativa de protección de los consumidores y usuarios al considerar que los contratos litigiosos son de adhesión y que las cláusulas referidas no responden a la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes y por insuficiencia de información, interesando asimismo la condena de la demandada a la devolución de las cantidades que haya cobrado en exceso por aplicación de la cláusula de interés variable, pretensiones a las que se opone la parte demandada negando sea aplicable la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación al haber sido objeto de negociación entre las partes y que quepa el control de abusividad por tratarse de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y estar excluidos del ámbito de la Ley 1/1998 de CGC las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratante.

SEGUNDO: Mantiene la parte demandada, en primer término, que las cláusulas en las que figuran las condiciones financieras fundamentales, como plazo, tipos de interés, forma de amortización, período de carencia, fueron negociados con el prestatario por lo que no serían condiciones generales de la contratación conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 7/1998 que las define.

Dispone dicho precepto, en relación al ámbito objetivo de la LCGC, que “1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las

partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

Dicha alegación, sin embargo, no puede prosperar dado que, frente a lo que se sostiene por la entidad bancaria, no se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar que las cláusulas litigiosas, en particular la relativa al tipo de interés variable, hubieran sido efectivamente negociadas entre las partes, incumbiendo la prueba de tal negociación a la propia parte demandada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.2 del Real Decreto Legislativo 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 y otras leyes complementarias, conforme al cual “El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”

Ciertamente, como se alega por la entidad demandada, consta acreditado que con anterioridad al otorgamiento de las escrituras litigiosas se facilitó al prestatario la oferta vinculante que se aporta como documento 1 de la contestación a la demanda, así como una carta de fecha 14 de julio de 2009 con las condiciones financieras relativas a la escritura de novación (documento 2 de la contestación). Igualmente se hizo constar por el Notario en la escritura otorgada el 29 de junio de 2007 (documento 1 de la demanda) que “de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 se hace constar que la parte prestataria ha tenido a su disposición durante los tres días hábiles anteriores a esta fecha, en esta Notaría, el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario conforme al cual se otorga el presente documento”, así como “2-Que la parte prestataria me ha exhibido la oferta vinculante hecha por la parte prestamista, no existiendo diferencias con las condiciones financieras finalmente pactadas en esta escritura”.

Es más cierto, sin embargo, que el solo hecho de que por la entidad bancaria se hubiera facilitado al prestatario la oferta vinculante no implica necesariamente que las condiciones del préstamo se hubieran negociado entre las partes.

Se comparte, en definitiva, el criterio de la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 10 de marzo de 2016 que se aporta por la demandante en la audiencia previa como instructa (fundamento de derecho segundo) conforme al cual, “En suma, siguiendo la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 y otras dictadas por el Alto Tribunal, la

Sala considera que las cláusulas cuestionadas en el presente litigio son condiciones generales de la contratación, redactadas por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente interviniese en su contenido, e incorporadas a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual, pero no una negociación individualizada con el Sr.... Tampoco se negoció de forma individual la cláusula sexta del préstamo sobre el interés de demora”.

TERCERO: Sostiene igualmente la entidad demandada que no cabe el control de abusividad que se pretende en demanda por tratarse de cláusulas, en particular la relativa al tipo de interés variable, que definen el objeto principal del contrato y ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores conforme al cual “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

Dicha alegación tampoco puede acogerse habida cuenta que, aun refiriéndose la cláusula relativa al tipo de interés variable, esto es el interés remuneratorio del préstamo, a la definición del objeto principal del contrato y a la relación entre el precio y retribución, la exclusión del control de abusividad que establece el precepto citado de la Directiva se limita a las cláusulas redactadas “de manera clara y comprensible”, lo que exigirá resolver sobre tal cuestión, y habida cuenta que con arreglo a lo resuelto en Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 y las en ella citadas y, fundamentalmente, lo resuelto por el TJUE en Sentencia de Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2.010 (TJCE 2010, 162) -C 484/08) en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, “Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden “apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.

También en este extremo se comparte el criterio de la Audiencia Provincial de Álava en Sentencia de 10 de marzo de 2016 al resolver sobre la imposibilidad de realizar un control de abusividad del contenido del tipo de interés remuneratorio como objeto principal del contrato de préstamo.

Establece dicha Sentencia que “*La sentencia de instancia declaró que*

el tipo de interés remuneratorio no forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, sino que es " una cláusula que, pese a lo frecuente, sigue siendo accesoria en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no constituye parte del objeto principal contratado ". Concluye que es una cláusula accesoria porque el contrato de préstamo es por naturaleza un contrato gratuito ex art. 1.775 y ss CC (LEG 1889, 27) , una parte entrega dinero u otro bien que deberá ser devuelto, el interés o precio pactado es un elemento accesorio que depende de las partes.

El recurrente defiende lo contrario, que el interés es un elemento esencial o natural del contrato de préstamo, la jurisprudencia es pacífica al entender que las operaciones de financiación que las entidades crédito formalizan con sus clientes son contratos mercantiles, onerosos y sinalagmáticos, en los que el interés constituye la remuneración por el dinero prestado, cuyo cobro es para las entidades la causa del contrato. Siendo un elemento esencial del contrato, la cláusula no puede ser objeto de control jurisdiccional por su carácter abusivo, cuestión que la parte apelada no comparte.

Sobre si la cláusula que define el precio del contrato es un elemento esencial del contrato de préstamo la STS de 9 de mayo de 2.013 en el párrafo 188 indica: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 CEE (LCEur 1993, 1071) : las cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato" sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 CCom - sino a si son "descriptivas" o "definitorias" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial ".

Si las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato como dice en éstos párrafos el Tribunal Supremo, con más razón las cláusulas del contrato de préstamo que determinan el interés remuneratorio definen el objeto principal del contrato.

Establece el art. 4. 2º de la Directiva 93/13 CEE que "La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles". El art. 8 de la misma Directiva establece que "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva,

disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.". Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril (RCL 1998, 960) de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye: "42.- En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.". Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la

nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: " Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE (RCL 1978, 2836) , así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido ; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio " interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado "

Partiendo de la jurisprudencia mencionada entendemos que, el hecho de que la cláusula de interés variable defina el objeto principal del contrato, no impide el control de abusividad (SSTs de 2 de marzo de 2011 y la muy reciente de 29 de abril de 2015). Sin embargo, parece que existe cierta contradicción entre esta última sentencia de 18 de junio de 2012 y la dictada con anterioridad por el Tribunal Europeo de 3 de junio de 2010 al interpretar la Directiva y la LCGC que la transpone.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara el problema planteado en este motivo de recurso, transcribimos todos sus párrafos para que no haya dudas:

" 2.2. El limitado control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato.

191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que "[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación", y el artículo 4.2 que "[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]" .

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 , apartado 40 "[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible ".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010 , Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE , 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE , apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible" , y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE (LCEur 2011, 1901) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...]hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas

individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración ".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio (RJ 2010, 6554) , RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8021) , RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011, 148) , RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010 , que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU (RCL 1984, 1906) en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio .

2.3. Conclusiones.

196. De lo expuesto cabe concluir:

a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone."

El subrayado es nuestro, queremos distinguir estas conclusiones en cuanto que resuelven el problema planteado por el recurrente. La sentencia deja claro que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no pueden estar sujetas al control de abusividad referido al precio del contrato de préstamo, aunque se las puede someter al doble control de transparencia.

En nuestro caso, en cuanto que la cláusula tercera bis se refiere a la remuneración que el cliente debe abonar a la entidad bancaria por el préstamo, debe ser calificada como cláusula que define el objeto principal del contrato, por tanto, no cabe el control del precio, solo podemos analizar el control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa".

En conclusión, de acuerdo con la doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo, el hecho de que el interés remuneratorio en que consiste el tipo de interés variable sea definidor del objeto contrato no excluye que quepa realizar el doble control de transparencia, esto es, el de inclusión y el de comprensibilidad.

La conclusión expuesta se estima que hace innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE que se interesa por la parte demandante al entender que la misma ya está resuelta por

el citado TJUE siendo su doctrina la que de hecho se aplica en la presente Sentencia.

CUARTO: Opone asimismo la entidad bancaria la imposibilidad de ejercitar la acción de nulidad que nos ocupa respecto de las condiciones generales de la contratación que vengan reguladas

específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes por así estar dispuesto en el artículo 4 de la LGCC y en el artículo 1-2º de la Directiva 93/13 de la CEE de 5 de abril.

Dispone, en efecto, el artículo 1-2º de la Directiva que “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva”

A su vez, el artículo 4 de la LCGC relativo a los contratos excluidos de su ámbito de aplicación, establece en su párrafo 2º que “Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.”

Respecto a que el IRPH litigioso en cuanto tal sea válido no existe duda alguna al tratarse de uno de los índices oficiales introducidos en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España que, en su apartado c) indica: “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito”

De acuerdo con los preceptos citados y en consonancia con la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior, tratándose de un índice oficial cuya regulación viene establecida e impuesta por la citada normativa administrativa de carácter general que resulta de aplicación obligatoria para los contratantes cuando se haya optado por dicho índice, y al igual que ocurre con el control del precio en sí, ha de concluirse que no cabe el control de su abusividad como tal índice; sin embargo, tal exclusión no es óbice para que deba realizarse el preceptivo control de inclusión y de comprensibilidad que igualmente impone la normativa comunitaria y la doctrina tanto del TJUE y del Tribunal Supremo.

No se trata, por tanto, de que el índice aplicado del IRPH-Cajas sea abusivo y susceptible del control de abusividad, sino de que,

tratándose de un índice válido, lo que debe examinarse es si supera tanto el control de inclusión en el contrato como el control de comprensibilidad por haberse dado la información precisa al cliente sobre sus existencia, funcionamiento y coste, en definitiva, del préstamo tomando cabal conocimiento previo antes de otorgar su consentimiento.

QUINTO: No siendo controvertido entre las partes que el demandante prestatario sea consumidor a los efectos de aplicar la normativa protectora de los consumidores y usuarios y que el préstamo concedido lo fue para la adquisición de la vivienda hipotecada, procede analizar cada una de las cláusulas que el demandante entiende abusivas.

-cláusula financiera tercera bis relativa al tipo de interés variable.

Establece dicha cláusula en las dos escrituras de 29 de junio de 2007 con el mismo contenido y redacción que “El nuevo tipo nominal de interés será el resultante de aplicar, durante toda la vida de la operación. EIIRPH-CAJAS”.

En el segundo párrafo se establece que “Se entiende por IRPH-CAJAS la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos 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 de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

Se prevé que “Los nuevos tipos de interés, así calculados, serán de aplicación para períodos anuales contados a partir de la finalización del período a tipo fijo, procediéndose a la revisión del tipo de interés al término de cada período”

A continuación, se establece que “Para el caso de que desaparezca en un futuro el precitado tipo de referencia, las partes acuerdan que el nuevo tipo de interés sustitutivo será, en todos los casos, el resultante de incrementar al EURIBOR un MARGEN DE 1,000 puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación”

Se define seguidamente qué se entiende por EURIBOR, se establece que una vez finalizado el período a tipo fijo, el tipo de interés resultante para la parte prestataria no será en ningún caso superior al 5,950 por ciento nominal anual durante el plazo de 48 meses, lo relativo a la comunicación por la entidad bancaria del nuevo tipo a aplicar en cada período siguiente, a la aceptación o rechazo por el prestatario del tipo comunicado, a la resolución por la parte deudora del contrato caso de no convenirle el nuevo tipo de interés aplicable en el siguiente

período y a que “A todos los efectos, el tipo de interés de referencia podrá acreditarse mediante certificación expedida indistintamente por Kutxa, por la Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras, por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, o en su caso, por la Asociación Hipotecaria Española”

También en la escritura de novación de 15 de julio de 2009 del segundo préstamo se recoge el mismo contenido respecto del tipo de interés variable.

Sostiene la parte demandante que la cláusula en que se establece el denominado tipo de interés IRPH a más de tres años de Cajas de Ahorro es abusiva con fundamento en su falta de negociación, al ser influenciado por la parte predisponente dejándose al arbitrio de la entidad bancaria la validez y el cumplimiento del contrato y por su falta de redacción clara y comprensible.

La parte ejecutante niega la abusividad del IRPH Cajas con base en que se trata de un índice oficial sujeto al control del Banco de España y en que no se ha acreditado la manipulación a la que se refiere el demandante.

De acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro:

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

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

$Ica = \text{Sumatorio de } ica / nca$

Siendo:

Ica = La media de tipos de interés medios ponderados del conjunto de cajas de ahorro.

ica = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada caja.

nca = El número de cajas declarantes”.

Tal como se responde por el Banco de España al pliego de preguntas para su interrogatorio en el procedimiento de juicio ordinario tramitado por el Juzgado Mercantil nº 1 de Burgos y que se ha aportado como documento 4 de la demanda, “Con carácter preliminar, procede señalar que el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de viviendas, concedidos por las cajas de ahorro (en adelante, IRPH-CAJAS), era uno de los tipos de interés de referencia oficiales aplicables a los préstamos o créditos

hipotecarios que, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (BOE de 29 de octubre), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dejó de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se formalizasen después de la entrada en vigor de dicha Orden (el 29 de abril de 2012) y, desde el 1 de noviembre de 2013, dejó de publicarse por el Banco de España.

Las referencias al tipo de Interés IRPH-CAJAS ha sido sustituida, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización por “el tipo de interés oficial denominado- tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España-, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo”

Del examen de las respuestas dadas por el Banco de España en relación con lo dispuesto en la norma decimosexta, apartado 4, de la Circular del Banco de España nº 5/2012 de 27 de junio se desprende que el IRPH-CAJAS se calculaba a partir de datos facilitados por las propias cajas de ahorros cada mes habida cuenta que la indicada norma establece que “Los bancos, cajas de ahorros, la Confederación Española de cajas de ahorros y las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras deberán

presentar mensualmente al banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes (o en el primer día hábil posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese inhábil), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario. Esta información se declarará en el formato del estado “tipos de interés de operaciones de préstamo en España con el sector privado residente” incluido en el anejo 9, con arreglo a las indicaciones contenidas en él.

Los tipos medios se calcularán a partir de los tipos de las operaciones efectivamente realizadas en el período de referencia, ponderados por sus principales (importe nominal) en el caso de los efectos financieros), y calculados de acuerdo con los procedimientos señalados en el citado anejo 9”

Queda claro, por tanto, que el índice de referencia litigioso se obtiene exclusivamente a partir de los datos facilitados por las propias

cajas. Como se recoge en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria de 15 de junio de 2015, cuyo criterio se comparte, “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. Ello implica que, si en los préstamos referenciados a Euribor, el conjunto de entidades financieras, ante las bajadas del Euribor conceden préstamos con un diferencial elevado, influyen en la configuración del IRPH y amortiguan así la bajada de otros tipos de interés.”

No se trata como mantiene la parte demandada de que efectivamente se hayan aplicado tales prácticas por las cajas de ahorros con cuyos datos se establece y publica el IRPH, sino, de la posibilidad de que acontezcan las mismas, de manera que la validez y cumplimiento del contrato se haga depender de la sola voluntad de una de las partes. A este respecto, la parte actora no afirma que el índice de referencia que nos ocupa haya sido objeto de manipulación alguna sino exclusivamente que existe tal posibilidad de influir las cajas, entre ellas la demandada, en la fijación del índice de referencia. En efecto, no se ha practicado prueba de la que se concluya que exista indicio alguno de pactos colusorios o de manipulación de los índices IRPH.

Asimismo, resulta acreditado que la entidad demandada tiene una concreta e innegable influencia en la confección del IRPH, lo que resulta del propio método de cálculo al encontrarnos con que el índice de referencia litigioso se obtiene con “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. Así se evidencia de la respuesta dada por el Banco de España a la tercera de las preguntas que le fueron formuladas por el Juzgado Mercantil de Burgos y de la propia definición del índice IRPH contenida en la Circular 8/90 del Banco de España.

De lo expuesto cabe concluir que los datos facilitados por la caja más pequeña tienen la misma relevancia que los datos aportados por la caja de mayor cuota de mercado y así se viene a responder por el Banco de España a las preguntas 4 a 12 de las formuladas por el Juzgado Mercantil de Burgos, dado que la elaboración de una “media simple” con los datos que envían las cajas de ahorros, sin una ponderación de su cuota de mercado y sin eliminar los datos extremos que distorsionan la media, conlleva a que, contrariamente a como se define el IRPH en la Circular citada, no resulte representativo de la realidad del mercado hipotecario español. Se comparte también a este respecto la conclusión del Juzgado Mercantil de Vitoria en su sentencia de 15 de junio de 2015 cuando señala que “De esta manera, si una entidad pequeña incrementa sus diferenciales, ello tendrá la misma repercusión que si lo hiciera la más grande de las entidades. No se

utiliza ningún tipo de corrección para evitar la distorsión que suponen aquellos valores que se desvían exageradamente de la tónica general”



Por otro lado, y en contraste a otros índices de referencia tal como el Euribor, en el caso del IRPH Cajas resulta imposible para el cliente conocer los datos que aportan las Cajas de Ahorro y, en consecuencia, conocer cómo se determina el valor que posteriormente se publicará y aplicará. Esta imposibilidad deviene no solo de la falta de mención de dichos datos en el propio contrato sino también de su falta de publicación por cualquier otro medio y de la falta de indicación sobre qué tipos de interés utilizan las Cajas para elaborar la media ponderada que posteriormente remiten al Banco de España para que éste elabore la media simple que constituye el IRPH. En efecto, el examen de las escrituras evidencia que en las mismas no se hace indicación alguna a cuáles sean los datos con que se ha de confeccionar la media ponderada, previéndose, por el contrario, que “A todos los efectos, el tipo de interés de referencia podrá acreditarse mediante certificación expedida indistintamente por Kutxa, por la Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras, por la Confederación Española de Cajas de Ahorro, o en su caso, por la Asociación Hipotecaria Española” . Y a diferencia de otros tipos de referencia como el Euribor que se publica por la Agencia Reuters a través de su sistema Telerate quedando la información disponible para los suscriptores al mismo y agencias de información, en el caso del IRPH no existe la posibilidad de contrastar tal información de los datos con que se ha confeccionado el mismo. En cuanto a la falta de indicación y, por tanto, de conocimiento de cuales sean los tipos de interés utilizados por las Cajas, se pone de manifiesto con su falta de concreción en la propia normativa que lo define dado que, definido como “los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo hipotecario...iniciados o renovados...”, no se especifica a qué tipos de intereses concretos se refiere, esto es, si son los intereses contratados, si son los realmente aplicados o si son los actualizados tras las sucesivas revisiones. Así, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, en su norma segunda relativa a Información sobre tipos de interés aplicados, hace referencia a los “tipos medios ponderados de las operaciones iniciadas o renovadas”. La Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, que modifica la anterior, se refiere a los “tipos medios de las operaciones de crédito y depósito... que hayan sido iniciadas o renovadas el mes anterior”. Por el contrario, la Circular 8/1990, de 7 de septiembre del Banco de España, en su norma sexta bis, se está refiriendo al “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros”. Es claro, por tanto, que unos casos se refieren a los tipos de interés aplicados y en otro a los concedidos. La falta de transparencia a este respecto tiene su indudable trascendencia para el cliente que ha de abonar el interés remuneratorio variable habida cuenta que en la confección del tipo de interés se han podido emplear datos como los derivados de cláusulas declaradas abusivas tales como redondeo al alza o el suelo.

Por último, el anexo II de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España recoge que los tipos de interés medios ponderados de las operaciones iniciadas o renovadas en el mes serán tipos TAE, es decir, que para la determinación del IRPH se incluyen también las comisiones y demás gastos que los clientes han de abonar, de manera que el IRPH no es la media de los tipos de interés al incluirse conceptos distintos a los mismos. Que el aumento de comisiones por parte de una de las Cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas se reconoce por el propio Banco España al dar respuesta a la pregunta nº 14 de las formuladas por el Juzgado Mercantil de Burgos.

Igualmente, el Banco de España reconoce que se limita a confeccionar y publicar el IRPH Cajas con los datos remitidos por las Cajas sin posibilidad de comprobar y supervisar la veracidad de los datos y en concreto el empleo de datos declarados nulos por abusivos tales como los que derivan de las cláusulas suelos o las de redondeo al alza. Así se evidencia de la respuesta dada a la pregunta 15 del Juzgado Mercantil de Burgos al responder que el Banco de España no dispone de información suficiente para responder a esta pregunta, ya que desconoce la existencia o no de operaciones con estas cláusulas en la fecha de referencia, ni su posible repercusión en el índice calculado.

A la vista de lo expuesto, no cabe duda de que la cláusula que se examina no es transparente al no cumplir con los requisitos que el artículo 80 del TRLGDCU exige de concreción, claridad, sencillez en la redacción, accesibilidad y legibilidad, de forma que permitan al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

La exigencia de transparencia requiere asimismo, como establece a Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26-13, en su apartado 73, que se recojan igualmente los mecanismos aritméticos que permitan al consumidor poder prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas derivadas de su cargo, señalando que “tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo”. En el apartado 75 concluye 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".

En el mismo sentido, y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 venía a establecer respecto de la información que ha de recibir el consumidor, en su apartado 222, la "ampliación de los contenidos que deben ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés"

La misma sentencia en su apartado 225 recoge las razones por las que la cláusula objeto de su litigio, el suelo, no es transparente y, en concreto por lo que aquí interesa, "...ya que:

a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato...

c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad - caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se les ofertan las mismas.

e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

A la vista de los criterios establecidos por el TJUE y por el Tribunal Supremo, ha de concluirse que la cláusula examinada es abusiva por cuanto que la misma no supera el control de contenido y de transparencia establecido por dichos Tribunales.

En cuanto al control de inclusión de la cláusula en los contratos se estima que no supera dicho control, dado que no se destaca en su redacción, por no ser su redacción transparente, clara, concreta y sencilla al no haberse destacado y diferenciado específicamente al haberse incluido como un párrafo más dentro de la cláusula financiera relativa al tipo de interés variable.

En cuanto al control de transparencia, en el presente supuesto no existe prueba alguna que acredite, siguiendo los criterios del Tribunal Supremo en el apartado 256 de la Sentencia citada, que la parte ejecutada pudiera identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, para lo que es necesario que esté

perfectamente informada del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo.

A este respecto, no consta que la entidad demandada hubiera facilitado a la parte actora documentación en que se destaque tal cláusula como un elemento principal y definitorio del contrato.

Como queda dicho, no consta probado que por la entidad ejecutante se facilitara al actor información sobre el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo ni que se hayan realizado simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, ni la forma en que el índice de referencia se ha de determinar.

En conclusión, la cláusula examinada no es transparente ni permite conocer al cliente la repercusión económica que la misma tiene en el tracto contractual.

No obstante, la abusividad de la cláusula que se examina, por la parte actora se interesa la aplicación del índice de referencia sustitutivo, esto es, el Euribor incrementado en un punto porcentual.

Siendo patente que las partes al concertar el préstamo expresamente pactaron que el mismo lo fuera a interés y, obligando, en todo caso los contratos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, e imponiendo el artículo 10.2 de la LCGC una integración de la parte del contrato afectada por la no incorporación, procede aplicar a los préstamos litigiosos el Euribor como índice de referencia aplicado, al que se adicionará el diferencial de 1 punto porcentual.

En conclusión, procede declarar la nulidad de la cláusula examinada relativa al tipo de interés variable de los préstamos concertados entre las partes que se deja sin efecto en lo que se refiere al tipo de referencia al IRPH-CAJAS y en su lugar se acuerda aplicar a los préstamos litigiosos el Euribor como índice de referencia al que se adicionará el diferencial de 1 punto porcentual, así como condenar a la entidad demandada a reintegrar al actor las cantidades cobradas por razón del interés ordinario con arreglo al IRPH-CAJAS en cuanto excedan de la cantidad resultante de aplicar el EURIBOR incrementado en un punto porcentual desde el 5 de junio de 2008 para el primer préstamo y desde el 5 de julio de 2010 para el segundo préstamo, lo que se determinará en ejecución de sentencia con arreglo a las bases expuestas.

-Cláusula financiera cuarta sobre comisión por reclamación de posiciones deudoras

Dispone la citada cláusula que “Se satisfará por la parte prestataria una comisión por reclamación de posiciones deudoras, vencidas o descubiertas y no satisfechas, por un importe de 30,00 euros por cada reclamación que se efectúe con ocasión de producirse estas posiciones”

Hemos de partir para el examen de la abusividad o no de tal cláusula de que, las comisiones han de responder a servicios efectivamente prestados (Circular 8/1990, Orden de 12 de diciembre de 1989).

Efectivamente debe calificarse de abusivo el pacto relativo a la imposición al consumidor de una comisión que no responda a un servicio efectivamente prestado por la entidad prestataria como pudiera ser la comisión por gestión de cobros impagados.

A este respecto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87-5 del Real Decreto Legislativo 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 y otras leyes complementarias, relativo a las Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad, “Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: 5. ...cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado”.

-Cláusula financiera sexta sobre intereses de demora.

Establece dicho pacto un interés de demora igual al 17,250 % y su capitalización conforme al artículo 317 del Código de Comercio.

Conviene precisar que el hecho de que el tipo de interés de demora pactado en las escrituras pueda obedecer a la autonomía de la voluntad y libertad contractual no constituyen dichos principios óbice alguno a la aplicación de la normativa protectora de los consumidores que, precisamente y en lo que aquí interesa, trata de dar protección al consumidor y usuario en los contratos que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, que ha de cumplir los requisitos que establece el artículo 80 del RDL 1/2007, y frente a las cláusulas abusivas que contengan los contratos celebrados con los consumidores.

Tampoco ofrece duda ninguna de que las escrituras de préstamo hipotecario que nos ocupan son un contrato de adhesión en

cuya redacción no ha intervenido la prestataria consumidor sino que está redactado unilateralmente por la entidad ejecutante, lo que se evidencia del propio contrato y es notorio, y contiene en lo que se refiere al tipo de interés de demora una estipulación no negociada individualmente, como de hecho se admite por la propia entidad demandada al tratarse de condiciones generales de contratación propias del tráfico en masa.

El número seis del artículo 85 del RDL 1/2007 dispone que son abusivas en todo caso las cláusulas que “que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

El artículo 87.6 del citado RDL dispone a su vez aquellas cláusulas que tengan por objeto “la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados”.

Respecto de la citada cláusula y su limitación a lo previsto como máximo en el citado artículo 114 de la Ley Hipotecaria, resulta aplicable la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 18 de febrero de 2016.

Establece la misma que “1.- La cuestión planteada en el motivo y respecto de una cláusula idéntica a la ahora examinada, incluida en sus escrituras de préstamo hipotecario por la misma entidad recurrente, ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714).

2.- Decíamos en dicha resolución que la Ley 1/2013, de 14 de mayo (RCL 2013, 718) , de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria , añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recalcule de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

3.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la " imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" , en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) .

4.- Así, el Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224) (Asunto C- 602/13) no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3LH :

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, ... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) (al)... eliminar 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 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"».

5.- Asimismo, la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4) (asuntos acumulados C-482 /13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: *«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 art. 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 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 representan para éste una penalización».*

6.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360) , al decir: *«[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios*

establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27) , *salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».*

Asimismo, el antes referido Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (TJCE 2015, 224) ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto- ley 6/2012 (RCL 2012, 315) se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios.

» Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

» Los arts. 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».

7.- Además, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo, por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: *«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido*

de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

8.- Conforme a la doctrina fijada en el tan mencionado auto del TJUE, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360) , son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

9.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril (RJ 2015, 1360) , para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado”.

En conclusión, procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula sexta de las escrituras relativas al interés de demora fijado en un 17,250 % y sujeto a capitalización, y de acuerdo con la doctrina transcrita, se fija como tipo del interés de demora el interés remuneratorio pactado desde la fecha de cada uno de los impagos.

SEXTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC procede condenar en costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Marco, en nombre y representación de XXXXX XXXXX, contra Kutxabank SA, representado por la Procuradora Sra. Lázaro, debo declarar y declaro nulas por abusivas las cláusulas financieras tercera bis, cuarta y sexta relativas al tipo de interés variable, comisiones por reclamación de posiciones deudoras e interés de mora de las dos escrituras de préstamo hipotecario otorgadas por las partes con fecha 29 de junio de 2007 siendo la segunda novada en escritura de 15 de julio de 2009 en cuanto vienen a establecer como tipo nominal de interés el IRPH-CAJAS, una comisión por reclamación de posiciones deudoras de 30 € por cada reclamación y un interés de mora del 17,250% capitalizados, conforme previene el artículo 317 del Código de Comercio, devengando a su vez nuevos intereses, que se dejan sin efecto, y en su lugar se acuerda:

- aplicar a los préstamos litigiosos el Euribor como índice de referencia al que se adicionará el diferencial de 1 punto porcentual, así como condenar a la entidad demandada a reintegrar al actor las cantidades cobradas por razón del interés ordinario con arreglo al IRPH-CAJAS en cuanto excedan de la cantidad resultante de aplicar el EURIBOR incrementado en un punto porcentual desde el 5 de junio de 2008 para el primer préstamo y desde el 5 de julio de 2010 para el segundo préstamo, lo que se determinará en ejecución de sentencia con arreglo a las bases expuestas
- fijar como tipo del interés de demora el interés remuneratorio pactado desde la fecha de cada uno de los impagos, todo ello con condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación, presentando escrito ante este Tribunal en el que deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación además de citar la resolución que recurre y los pronunciamientos que impugna.

Así por ésta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ

DEPOSITO PARA RECURRIR: Deberá acreditarse en el momento del anuncio haber consignado en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano abierta en Banco Santander 3152000004085415 la suma de 50 EUROS con apercibimiento que de no verificarlo no se admitirá a trámite el recurso pretendido; salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

DILIGENCIA. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Pamplona/Iruña.

www.abogados.es