

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALAVA. SECCIÓN PRIMERA ARABAKO
PROBINTZIA AUZITEGIA. LEHEN SEKZIOA**



AVENIDA GASTEIZ 18-2ª planta - C.P./PK: 01008 Tel.: 945-004821

Fax / Faxes: 945-004820

R.apela.merca.L2 71/2017 - A

Organo Judicial origen / Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz /Gasteizko Merkataritza-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

Autos de Procedimiento ordinario XXX/2015 (e)ko autoak

Recurrente: CAJA RURAL DE NAVARRA S.COOP. DE CREDITO

Procurador: MARIA MERCEDES BOTAS ARMENTIA Abogado: JUAN IGNACIO MARTINENA ESLAVA Recurrido: XXXXXXXXXXXX

Procurador: SORAYA MARTINEZ DE LIZARDUY PORTILLO Abogado: JOSE Mª ERAUSQUIN VAZQUEZ

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Ilmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, D. Iñigo Elizburu Aguirre y D. M. Belén González Martín, Magistrados, ha dictado el día diez de abril de dos mil diecisiete,

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A N° 197/17

En el recurso de apelación civil, Rollo de Sala nº 71/17, procedente del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Vitoria-Gasteiz, Autos de Juicio Ordinario nº 530/15, promovido por CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP DE CREDITO dirigida por el Letrado D. Juan Ignacio Martinena Eslava y representada por la Procuradora Dª Mercedes Botas Armentia, siendo parte apelada D. XXXX XXXXX XXXX dirigido por el Letrado D. Jose Mª Erasquin Vazquez y representado por la Procuradora Dª Soraya Martinez de Lizarduy Portillo, frente a la sentencia nº 178/16 dictada el 12-07-16, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª M. BELÉN GONZÁLEZ MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz se dictó sentencia nº 178/16 cuyo FALLO es del tenor literal siguiente: "ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por XXXXX XXXXX XXXX representado por la Procuradora Soray 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.

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."

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación de CAJA RURAL DE NAVARRA S.COOP DE CREDITO, recurso que se tuvo por interpuesto con fecha 21-11-16, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días para alegaciones, presentando la representación de D. XXXX XXXXXX XXXXX, escrito de oposición al recurso planteado de contrario, elevándose seguidamente, los autos a esta Audiencia Provincial con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala y comparecidas las partes, con fecha 07-02-17 se mandó formar el correspondiente Rollo de apelación, registrándose y turnándose la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. Edmundo Rodríguez Achútegui. Propuesta prueba por la parte apelada, por resolución de fecha 09-02-17 fue inadmitida la misma y confirmada posteriormente en base al Auto dictado el 13-03-17.

CUARTO.- Seguidamente por providencia de 29-03-17 se señaló para deliberación, votación y fallo el 06-04-14 asumiendo la ponencia la Ilma. Magistrada D^a M. Belén González Martín por acuerdo gubernativo de 1 de marzo de 2.017.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Sobre los términos del litigio y recurso.

XXXX XXXX XXXX suscribe con Caja Rural de Navarra SCC escritura pública de préstamo hipotecario autorizada por Notario Sr. Pérez Ávila (nº 1811 de su prprotocolo). Por importe de 204.400 euros con un plazo máximo de amortización de 35 años, con un tipo de interés fijo inicial durante el primer año del 3% y al partir del año un tipo variable resultante de aplicar un diferencial del 0,5% al tipo de referencia y un diferencial del 0,25% al tipo de referencia sustitutivo. El tipo básico de referencia se establecio en el IRPH. Como tipo básico de referencia sustitutivo y para el caso de que resultare imposible la aplicación del IPRH se estableció el de los tipos Activos de Referencia de las Cajas de Ahorros Confederadas (CECA).

En dicha escritura se establece un interés máximo que no podrá rebasar del 18% anual y un mínimo del 2,75% nominal anual.

Igualmente pactan una cláusula referida al interés de demora y otra relativa a la comisión a percibir por posiciones deudoras.

La parte actora interesa en su demanda la nulidad de las tres mencionadas cláusulas; y la devolución de aquellas cantidades que la entidad haya cobrado en exceso durante la vigencia del contrato de préstamo por aplicación de las mismas, así como el pago de los intereses que legalmente correspondan.

La sentencia de instancia estima la demanda considerando que todas las cláusulas que forman parte del litigio son condiciones generales de la contratación insertas en un contrato celebrado por el empresario predisponente con un consumidor. Declara nulo el IRPH por no superar el control de transparencia, declara la nulidad de la cláusula suelo, de la cláusula referida al interés de demora y de la comisión por posiciones deudoras; condena a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y a restituir las cantidades que hayan sido cobradas en exceso durante el contrato; más el pago de los intereses legales. Efectúa expresa condena en las costas a la parte demandada.

Frente a la sentencia de instancia se alza en apelación la parte demandada Caja Rural de Navarra SCC, en concreto refiere los siguientes motivos del recurso:

- 1.- Infracción de la jurisprudencia del TS sobre control de abusividad de las condiciones generales de la contratación insertas en los contratos celebrados con los consumidores.
- 2.- Infracción de la jurisprudencia del TS sobre control de transparencia de las condiciones generales de la contratación insertas en los contratos celebrados con los consumidores.
- 3.- Efectos de la nulidad de la cláusula de interés variable.

La parte demandante, Sr. XXXXX XXXX XXXXX, se opone al recurso de apelación.

SEGUNDO.- Sobre el control de abusividad que se considera infringido por la apelante.

Sostiene la recurrente que la resolución de instancia omite realizar el control de abusividad del índice IRPH por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor.

No cabe dicho control conforme a la doctrina, normas y jurisprudencia. Hemos resuelto la cuestión en las SAP Álava, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015, 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, donde se decía:

“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, 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: 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 comprensible". 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 de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2

°, 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 , 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 comprensibles".

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 comprensibles", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el 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, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, 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 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”.

El asunto que ahora se analiza es semejante, pues las consideraciones jurídicas antes expresadas pueden trasladarse al mismo, lo que determina abordar en el siguiente motivo del recurso.

TERCERO.- Sobre el control de transparencia que se dice infringido.

En el segundo motivo del recurso argumenta la parte apelante que ha atendido la exigencia de transparencia, que el actor había admitido haber mantenido reuniones (dos) en la sucursal bancaria para tratar de las condiciones del préstamo antes de acudir al Notario, firmó siendo consciente del índice de referencia IRPH. En definitiva, extrapola los criterios jurisprudenciales aplicables a las cláusulas suelo sobre la cláusula que determina el interés variable de referencia pactado, siendo, por ello, incorrecta su aplicación.

El art. 5.1 LCGC dispone que “Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas”. La norma previene además que: “No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

El primer control de transparencia, documental o formal, no consta, porque no hay prueba de que la oferta vinculante fuera realmente entregada al prestatario, sin que tampoco aparezca incorporada a la escritura de constitución del controvertido préstamo con garantía hipotecaria.

En cuanto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, dice el vigésimo considerando de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que “... los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas...”. En coherencia con esa consideración su art. 5 establece que en “... los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

Añade el § 211 de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, que para realizar “...este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Mantiene la Caja Rural de Navarra que se dieron explicaciones, que hubo reuniones y que se informó suficientemente del índice de referencia. Sin embargo, no consta probada la entrega de la oferta vinculante, de modo que un elemento esencial para constatar que se facilitó información no se dispone. Tampoco hay constancia, como exponíamos en SAP Álava, Secc. 1ª, 29 junio 2016, rec. 334/2016, de que “se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta”. Ni se alega, ni se acredita.

Dijimos en la SAP Álava, en relación con otra entidad, Secc. 1ª, 10 marzo 2016, rec. 619/2015 que “... Kutxabank no ofrece al cliente otros índices diferentes como el Euribor para que pudiese optar entre ellos. Es evidente que cuando un particular contrata un préstamo quiere abonar el menor interés posible, más cuando es una cantidad de principal tan importante. Pues bien, estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial. En la sentencia de instancia se explica la diferencia de comportamiento entre el IRPH y el Euribor, a las que nos remitimos para no ser reiterativos (fundamento cuarto sentencia de instancia).

Corresponde a Kutxabank acreditar que explicó al cliente la cláusula tercera bis que contiene el interés variable a partir del primer año, también corresponde a la entidad acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado”.

En semejante línea se pronuncian las SAP Álava, Secc. 1ª, de 31 mayo 2016, rec. 225/2016, 29 junio 2016, rec. 334/2016, 30 junio 2016, rec. 343/2016, 19 octubre 2016, rec. 447/2016, y 20 octubre 2016, rec. 473/2016, que insisten en que corresponde al profesional adoptar las cautelas precisas para que los clientes comprendan el contenido de la cláusula, las características del índice, las diferencias entre el elegido y otros, su comportamiento en ejercicios anteriores, y exponer las ventajas que pudiera tener frente a otros, como el Euribor, de comportamiento más ventajoso para los clientes que el IRPH entidades.

Ante la falta de acreditación de que se hubiera facilitado información, de los términos de la oferta vinculante, de que se hubiera explicado al cliente, Sr XXXX XXXX XXXX las consecuencias de optar por ese índice en lugar de otros de comportamiento más favorable para el prestatario, ante el hecho de que lo único que se aporta es un documento interno de la Caja que no consta que le fuera entregado al prestatario, y que ni siquiera la empleada de la entidad puede afirmar que se hizo entrega de ningún tipo de documentación, debe desestimarse el motivo.

CUARTO.- Sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de interés variable.

Al disciplinar la falta de eficacia de la cláusula que contiene el tipo de interés, la sentencia recurrida concluye la expulsión del contrato de la misma y que no procede la aplicación de ninguno puesto que el sustitutivo CECA ha desaparecido, lo que critica la apelante al considerar que el contrato de préstamo no es un contrato gratuito, el propio TS lo califica como un tipo de contrato que en esencia constituye un pacto de interés.

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

Dispone el art. 1303 CCv, para el caso de nulidad, la obligación de que las partes recíprocamente se restituyan el precio con sus intereses, salvo lo dispuesto en los preceptos sucesivos que no son de aplicación. Eso supone que al no poderse aplicar el índice IRPH entidades, opera la previsión contractual que dispone como supletorio el mismo índice Cajas, que también ha desaparecido.

Tampoco sería posible aplicar la DA 15^a.3 de la Ley 14/2013, porque aunque estemos ante un supuesto de incorporación no transparente, pueden aplicarse consideraciones semejantes a las del principio de no vinculación que garantiza el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que ha recogido la jurisprudencia que representan las STJUE de 30 de mayo 2013, C-488/11, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse, 14 de junio de 2012, C-618/10, caso Banesto, y 21 enero 2015, C-482, 484, 485, 487/13, caso Unicaja Banco y Caixabank, y los ATJUE 11 de junio 2015, C-602/13, asunto BBVA, y 17 marzo 2016, C-613/15, asunto Ibercaja Banco.

Todo ello supone la desestimación del motivo y, consecuentemente, del recurso de apelación.

CINCO.- Costas.

Conforme al art. 398.1 LEC, por remisión al art. 394.1, se condena al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación



FALLAMOS

- 1.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por el Procurador de los Tribunales Sra. Botas Armentia, en nombre y representación de CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP. DE CRÉDITO, frente a la sentencia de 12 de julio de 2016 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 178/2016, la cual DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente.
- 2.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas del recurso de apelación
- 3.- Dese al depósito constituido para recurrir el destino que legalmente corresponda.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN ante la Sala de lo Civil del TS, si se acredita interés casacional. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrá interponerse recurso extraordinario por INFRACCIÓN PROCESAL ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 0008-0000-04-0071-17. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al interponer los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

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

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

www.abogadosres.com