

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE DONOSTIA

DONOSTIAKO 1ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA



TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 3ª Planta - C.P./PK: 20012
TEL.: 943 00 07 29 FAX: 943 00 43 86

Procedimiento / Prozedura: Proc.ordinario / Prozedura arrunta xx/2015 • Genérico
Materia: DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO

Demandante / Demandatzai/ea:

Abogado/a / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

Procurador/a / Prokuradorea: AINHOA KINTANA MARTINEZ

Demandado/a / Demandatua: CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD
COOPERATIVA LIMITADA DE CREDITO

Abogado/a / Abokatua:

Procurador/a / Prokuradorea: MARIA BEGOÑA ALVAREZ LOPEZ

S E N T E N C I A Nº 320/2015

JUEZ QUE LA DICTA: Dª ITZIAR OTEGUI JAUREGUI

Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

Fecha: trece de octubre de dos mil quince

Dña. Itziar Otegui Jáuregui, Jueza de refuerzo del Juzgado de lo Mercantil número 1 de esta ciudad y su partido judicial, ha visto los autos del juicio ordinario registrados con el número 76/2015, promovidos por D. XXXXX XXXXX XXXXX, representado por la procuradora de los tribunales Doña. Ainhoa Kintana Martlnez y asistido por los letrados D. José Maria Erauskin Vázquez y Doña. Maite Ortiz Pérez, contra CAJA RURAL DE NAVARRA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, representada por la procuradora de los tribunales D'l'a. Begoña Alvarez López y asistida por el letrado D. Asier Enériz Arraiza, sobre nulidad de condiciones generales de la contratación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de enero de 2015 la procuradora de los tribunales demandante, en el nombre y representación que acreditó, formuló ante este Juzgado demanda de juicio ordinario contra la entidad demandada. Alegó, en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia que:

1. "Declare la nulidad por tener el carácter de cláusula abusiva de la condición general de la contratación, de la estipulación que establece en todo caso el límite a las revisiones del tipo de interés en un mínimo aplicable de un 2,50% inserta en el contrato del que deriva la presente demanda.
2. Condene a la entidad demandada a eliminar dicha condición general del contrato de préstamo hipotecario, con las consecuencias derivadas de ello, es decir con devolución de todo lo cobrado por la entidad al demandante, por razón de la aplicación de la señalada "cláusula suelo" y que se calcula en un IMPORTE APROXIMADO hasta el momento de interposición de la demanda de 6.820,64 euros; con los intereses legales que a la cantidad que resulte correspondan, así como a la devolución de todos los importes cobrados igualmente por la demandada a mi mandante, desde la interposición de esta demanda y hasta el efectivo pago, con los correspondientes intereses que a ella correspondan.
3. Condene a la demandada a abonar el interés establecido en el artículo 576 LEC.
4. Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento."

Los hechos alegados en la demanda son, sucintamente, los siguientes:

El día 14 de septiembre de 2004 D. xxxx xxxxx xxxx, en su condición de consumidor, suscribió un contrato de préstamo hipotecario por importe de 228.000 euros y 35 años de plazo de amortización con Caja Rural de Navarra SCC. Durante los primeros doce meses se estableció un tipo fijo de interés al 2,75% y a partir de dicha fecha, un tipo variable referenciado al Euribor más un diferencial del 0,75%.

El contrato incluyó como cláusula tercera bis una limitación de la variabilidad del tipo de interés a la baja en un 2,50% anual. Destaca que al tiempo de contratar el Euribor estaba al 2,377%, por lo que sumado el diferencial lleva a un valor de 3, 127%, cercano al mínimo del 2,50%. Por ello, defiende que se situaba prácticamente a la par del interés variable negociado. Por el contrario, se incluyó también un límite máximo al 18%, sin trascendencia práctica dado que la posibilidad de que resultara de aplicación sería quimérica.

La demanda sostiene que se trata de una condición general de la contratación que le fue impuesta y susceptible de un control de abusividad. Estima que no cumple el requisito

de la transparencia según los requisitos de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 241/2013, de 9 de mayo, a la vista de que el actor no fue informado sobre la naturaleza y modo de actuación de la cláusula, no se le mostraron simulaciones de diferentes escenarios relacionados con el comportamiento previsible del Euribor a fin de que pudiera valorar el grado de incidencia del suelo ni se le presentó ninguna alternativa al tipo de interés ofrecido. Tampoco se le informó de modo comprensible sobre los mecanismos aritméticos de determinación del tipo de interés y la incidencia económica que iba a tener sobre su economía. Considera que incurre en abusividad dado que genera en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones entre las partes y es contraria a la buena fe por cuanto no se hubiera aceptado en el marco de una negociación individual.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda mediante decreto de 23 de febrero de 2015 7, se dio traslado de ella a la parte demandada para que compareciese y contestase a la misma.

En la contestación, de fecha de 31 de marzo de 2015, Caja Rural de Navarra expuso en apoyo de sus pretensiones, los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso, y terminó suplicando al Juzgado el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda de adverso, con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas.

Su contestación se resume a continuación:

Caja Rural de Navarra reconoce la inclusión de la cláusula suelo en el contrato suscrito con el actor.

En primer lugar, defiende que se inserta en una cláusula diferenciada y resaltada con carácter principal, con uso de negrita y mayúsculas de modo que no se oculta.

En segundo lugar, sostiene que el cliente fue debidamente informado y que pese a no resultar de aplicación la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (a la vista del importe del préstamo) se le hizo entrega de la oferta vinculante. Además, aduce que la propia escritura pública hace referencia al consentimiento del firmante con las condiciones.

En tercer lugar, pone de manifiesto que el actor conoce la existencia de la cláusula desde hace largo tiempo, pues se le aplica desde el 2009, de lo cual es informado en las comunicaciones del nuevo tipo de interés, sin que en seis años haya manifestado nada al respecto. Destaca que en el 2008 solicitó una rebaja del diferencial, y en el 2015 la eliminación de los avalistas del préstamo, lo que denota su conocimiento de las condiciones del contrato. Además, informa de que procedió a contratar otros dos préstamos.

Reconoce que se trata de una condición general de la contratación pero sostiene su validez con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, al superar el doble control de transparencia al que esta sentencia somete a la cláusula suelo al tratarse de una condición que afecta al objeto principal del contrato. Supera a su entender el control de inclusión al acomodarse a la Ley de Condiciones Generales de la

Contratación (artículos 5.5 y 7) e incluso la normativa bancaria que no le resultaba aplicable. También el segundo filtro de transparencia, de comprensibilidad y accesibilidad de la cláusula. Concretamente, porque no enmascara un tipo fijo de interés (dada la tendencia alcista del Euribor en la fecha de la firma), no se ubica entre una abrumadora cantidad de datos y se trata de una cláusula principal que el consumidor conoce y sabe que afecta a su obligación de pago. Para el caso de que no fuera considerada transparente, sostiene que no es abusiva dado que era inferior a la media en el mercado y habría sido aceptada por el cliente en el marco de una negociación individualizada por cuanto le resulta ventajosa. Se opone en cualquier caso a la procedencia de la devolución de las cantidades cobradas para el caso de que fuera declarada la nulidad de la cláusula.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio el día 1 de junio de 2015 comparecieron todas a la misma. No se alcanzó acuerdo entre ellas y la audiencia prosiguió para el resto de sus finalidades.

La parte demandante se ratificó en su escrito de demanda pero solicitó la modificación del suplico a la luz de la nueva Sentencia del Tribunal Supremo nº139/2015, de 25 de marzo que establece nueva doctrina jurisprudencia! sobre la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Así, mantuvo su petición de declaración de nulidad de la cláusula pero interesó que las cantidades cobradas por la entidad se le devolvieran no desde el inicio del contrato sino desde el 9 de mayo de 2013. La solicitud fue aceptada en la medida en la que implica una renuncia parcial de lo solicitado inicialmente y la parte demandada mostró su conformidad.

Esta se ratificó en su escrito de contestación y tras la petición de prueba y su resolución en los términos que constan en autos se señaló día para el juicio.

CUARTO.- El día 5 de octubre se celebró el juicio en el que se procedió a la práctica de la prueba previamente admitida: interrogatorio del demandante D. XXXX XXXX XXX.

La testifical de D. Gorka Iturri Lizarribar no pudo practicarse por motivo de incomparecencia. La parte demandada solicitó su práctica como diligencia final, para lo que alegó que su incomparecencia se debía a la imposibilidad de acudir al juicio aquel día.

Emitidas las conclusiones, el juicio quedó pendiente de resolución de la petición de la diligencia final. La misma fue rechazada mediante providencia de seis de octubre ante la falta de justificación del motivo de incomparecencia del testigo, obligado a asistir a juicio. El proceso quedó pendiente de sentencia.

QUINTO.- La tramitación de los autos ha seguido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del litigio.

El presente juicio ordinario versa sobre la demanda interpuesta por D. XXX XXX XXX contra Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito en el ejercicio de una acción de nulidad de la cláusula que incorpora un límite mínimo al tipo de interés variable (cláusula suelo) en el contrato de préstamo hipotecario suscrito con ella el 14 de septiembre de 2004. Solicita que a la declaración de nulidad de la cláusula suelo se una la condena a la restitución de las cantidades abonadas en su aplicación desde el 9 de mayo de 2013, según se precisó en la audiencia previa.

El motivo por el que se interesa la declaración de nulidad de la cláusula es la abusividad y ello con fundamento en el artículo 8.2 de la Ley 711998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Se alude también, en atención a la condición de consumidor del actor, al Real Decreto Legislativo 112007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) si bien al tiempo de celebrar el contrato aun no estaba vigente y regía la Ley 1611984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) hoy refundida en aquel. Asimismo, cita diversa jurisprudencia interna y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que se interpreta la Directiva 93113/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que las citadas normas nacionales transponen. Como consecuencia de la declaración de nulidad interesa la restitución de los importes cobrados por su aplicación con base en el artículo 1.303 del Código Civil (CC).

Caja Rural de Navarra fundamenta su oposición en la plena validez de la cláusula, la que supera el doble control de transparencia fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sin que pueda reputarse abusiva. Se opone en cualquier caso a la devolución de los importes ya cobrados en su aplicación.

A la vista de las posiciones de las partes no resulta controvertida la condición de consumidor del Sr. Manchado ni el carácter de condición general de la cláusula suelo. Así, el objeto de la controversia queda limitado a resolver sobre su validez, para lo que se aplicará el control fijado en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo. En caso de declararse su nulidad, se establecerán sus efectos.

SEGUNDO.- Validez de la cláusula.

El hecho de que la cláusula discutida sea considerada una condición general de la contratación no conlleva consecuencia alguna en relación a su validez. Simplemente, determina la aplicación de LCGC, que tiene por objeto aquellos contratos que incluyen este tipo de condiciones predispuestas a fin de tutelar la posición del adherente (no necesariamente un consumidor) mediante la exigencia de una serie de condiciones para que dichas cláusulas puedan ser incorporadas al contrato y se consideren válidas . .

Tratándose de consumidores, su validez se analiza a la luz de la normativa protectora de los mismos (la LGDCU y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril).

El control de validez de la cláusula suelo ha de realizarse con sometimiento al doble control de transparencia fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), del Pleno, núm. 241/2013, de 9 de mayo, junto con el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. En efecto, como se explicará, ha de tenerse presente que se trata de una condición que afecta al objeto principal del contrato, lo cual exige la aplicación de este doble filtro especial fijado por el TS para poder analizar su validez.

Para ello se expondrá brevemente en qué consiste dicho control y se hará así mismo una referencia a la STS, del Pleno núm. 464/2014, de 8 de septiembre en la también se trata el mismo tema. Ha de destacarse que la doctrina establecida en las citadas sentencias ha sido ratificada en la STS núm. 139/2015, de 25 de marzo, que sienta nueva doctrina en materia de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo como consecuencia de su aplicación y ha sido aplicada nuevamente en la STS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 222/2015, de 29 de abril a la que igualmente me referiré finalmente.

1. Examen de la doctrina jurisprudencia! del TS en relación al control de las cláusulas suelo.

La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo parte de la consideración de que la cláusula suelo es una condición general de la contratación impuesta a la persona que se adhiere al contrato, quien la acepta para suscribir el mismo, sin capacidad de negociar sobre la misma. Aclara también que ello, de por sí, no da lugar a problemas de validez.

Sentadas estas premisas, como ya he adelantado, el Alto Tribunal concluye que la cláusula suelo define y describe el objeto principal del contrato, ya que afecta al precio que ha de abonar el prestatario, y dice que como norma general, ello impide que se someta a control de abusividad. Invoca en este sentido el artículo 4.2. y el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13/CEE y cita su Sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, en la 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».

A continuación, explica que la imposibilidad de este tipo de cláusulas sean objeto de un control de contenido, no obsta a que se sometan a un doble control de transparencia que paso a exponer brevemente y que será de aplicación después al presente caso.

A) Primer control: control de incorporación.

A través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula así como la manera en la que se incorpora al contrato. Conviene tener presente que este primer filtro resulta de aplicación tanto en el caso de que el adherente sea un profesional como un consumidor.

Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC:

Artículo 5.5.: "La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez".

Artículo 7: "No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

En este examen también se tiene presente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 reguladora del proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios (derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

Se trata de comprobar que la cláusula cumpla con los requisitos de claridad y concreción en su redacción, que sean dadas a conocer al adherente y no resulten oscuras o incomprensibles.

Las cláusulas suelo superaron este control dado que el Tribunal Supremo concluyó que, cumplidos los requisitos de información de la citada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, quedaban garantizados los presupuestos de inclusión exigidos por la LCGC.

B) Segundo control: control de contenido.

A diferencia del anterior, este segundo filtro únicamente resulta de aplicación en el caso de que la cláusula suelo haya sido incorporada a un contrato celebrado con un consumidor.

El Tribunal Supremo parte de la propia Directiva 13/93/CEE, en concreto, cita su considerando vigésimo en el que se recoge la necesidad de que los términos del contrato sean redactados de forma clara y comprensible, para que el consumidor pueda tener un conocimiento real de los mismos así como su artículo 5, que exige la redacción clara y comprensible de las cláusulas predispuestas.

Concretamente, una vez apreciada la válida incorporación de las cláusulas al contrato el TS dice:

"210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [..], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [..]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil (LEG 1889, 27) del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

211. En 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.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante."

En definitiva, este control de contenido trata de garantizar que la información facilitada al consumidor permita a este conocer que la cláusula suele describir el objeto principal del contrato, que puede afectar a su obligación de pago y su posible repercusión en las prestaciones del contrato.

Establece una serie de criterios (p. 217-222) para valorar esta transparencia en relación, fundamentalmente, a la información facilitada al consumidor. Pueden resumirse en:

La necesidad de informar de modo suficiente sobre la previsibilidad de que el contrato pueda convertirse en un préstamo a tipo mínimo fijo de interés, sin que se beneficie de las bajadas del índice de referencia.

Que la oferta de interés variable se complete, a fin de no resultar engañosa, con la información suficiente sobre el papel de la fijación de los límites y de su juego, sobre todo cuando se presentan juntos el suelo y el techo.

Que mostrándose los límites, de alguna manera, como mecanismos para controlar la cuota a abonar y que al cliente le interesa que se mantenga sin cambios significativos, este debería llegar a entender su verdadera transcendencia.

Resulta también clara la siguiente reflexión:

"256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio".

Una vez examinadas las cláusulas, concluye que no superan este filtro de transparencia por los siguientes motivos (p. 225):

- "a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- 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 le 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.)".

El Auto de aclaración de 3 de junio de 2013 se pronuncia sobre estas circunstancias concretas que el Tribunal tuvo en cuenta en los términos siguientes:

"12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo".

Para finalizar con este segundo filtro, resulta interesante la STS, del Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre en la que se incluyen los caracteres, la fundamentación y el alcance de este control de transparencia incorporando las novedades jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, tras reiterar lo previamente manifestado en relación al control de transparencia para verificar la comprensibilidad real de las cláusulas predisuestas, y explicar, en relación a su fundamento, que se trata de un control al margen de los vicios de consentimiento que se analizan en el ámbito de los contratos por negociación, concluye en cuanto al alcance del control de transparencia:

"8. Alcance. Conforme al anterior fundamento, debe concluirse que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. Este es el alcance que, en plena armonía con la doctrina jurisprudencia/ expuesta de esta Sala, contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), C-26/13, declarando, entre otros extremos, que:

"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) 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".

Este sentido de la transparencia ha sido mantenido por el TJUE en su reciente Sentencia de 23 de abril de 2015, Caso Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA. Tal y como adelantaba al inicio de este apartado la STS, Sala de lo Civil, Sección Primera, nº 222/2015, de 29 de abril aplica nuevamente el control de transparencia mostrado e incide en el concepto de transparencia en relación con el juicio de abusividad:

"El art. 4.2 de la Directiva 1993/113/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según

contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación" (fundamento de derecho decimocuarto en su tercer apartado)"

2. Aplicación del doble filtro de transparencia al caso de autos.

A) Control de incorporación.

El control de incorporación de la cláusula suelo al contrato se realiza teniendo en cuenta los artículos 5.5. y 7 de la LCGC.

Si bien en la fecha de la firma (14 de septiembre de 2004) regía la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, como defiende Caja Rural de Navarra no resultaba de aplicación, dado que la norma tenía por objeto aquellos contratos en los que la cantidad prestada no superara el equivalente en euros de 25.000.000 de pesetas (artículo 1.3) y el importe del préstamo litigioso es superior (228.000 euros). Fue la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la que modificó la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito, habilitadora de la Orden Ministerial, la que extendió los requisitos de transparencia informativa a todos los préstamos hipotecarios con independencia de su cuantía.

Así limitándonos al análisis de los requisitos de la LCCG, se estudia la redacción de la cláusula y su posibilidad de conocimiento. Su tenor es el siguiente:

"Tercera-bis: TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO.

Pactan las partes expresamente que el tipo de interés resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,50 por ciento anual."

Vemos como la cláusula presenta una redacción sencilla, breve y concreta, de manera que refleja claramente el límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés. Ello permite su conocimiento por el adherente, dado que no se aprecia ningún problema de ilegibilidad, ni de oscuridad que la oculte ni la haga incomprensible.

Así se entienden cumplidos los requisitos de los artículos 5.5. y 7 de la LCGC y superado el primer control.

B) Control de contenido.

En la aplicación de este segundo filtro se tendrán en cuenta las concretas circunstancias que rodearon la contratación, a fin de determinar si se satisface el filtro de transparencia que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, se establece como garantía de comprensibilidad real del significado del contenido de la cláusula para el consumidor, en línea con lo exigido por el TJUE (entre otras, Sentencia de 30 de abril de 2014, Caso Árpád Kásler, y Sentencia de 23 de abril de 2015, Caso Jean-Claude Van Hove y CNP Assurances SA).

Para ello se estudiarán los siguientes aspectos: la ubicación de la cláusula en el contrato, la información suministrada al consumidor y la posibilidad de comprensibilidad real de la cláusula suelo.

Comenzando por el estudio de la ubicación, vemos cómo se incluye en una cláusula diferenciada, la tercera bis, a continuación de la tercera dedicada al interés ordinario y a sus revisiones. Concretamente, esta especifica cuál será el tipo de interés anual inicial (2,75%), la forma de cálculo de los posteriores tipos de interés variable, el diferencial (0,75 puntos) a sumar al índice de referencia (euribor), el tipo máximo o denominado techo del 18%, información sobre la comunicación y aceptación de los nuevos tipos y el tipo de interés de referencia sustitutivo. A continuación, se incluye como cláusula tercera bis la cláusula suelo del 2,50% en los términos arriba expuestos.

Si bien es cierto que se reconoce un apartado propio a la cláusula suelo, entiendo que la referencia al límite mínimo tras información menos relevante, relativa a las comunicaciones de la variabilidad del tipo y al sustitutivo y como información final sobre el tipo de interés, no le dan la relevancia que merece como cláusula que describe el objeto principal del contrato. Considero que la exposición de la información en un orden de mayor a menor relevancia, resulta más acorde al deber de información leal que recae sobre la entidad y permite que el cliente perciba la diferente trascendencia de los datos que se le facilitan. Así, la ubicación concedida al tipo máximo del 18%, inmediatamente posterior a la relativa al tipo de interés, su cálculo, el índice de referencia y el diferencial a sumar a su valor, la entiendo más adecuada a la finalidad de que el consumidor se percate de su presencia.

En relación a la información que ha de acompañar a la incorporación de la cláusula al contrato para cumplir con la debida transparencia, las partes discrepan sobre el nivel al que fue facilitada. Conviene tener presente que este aspecto es una circunstancia que corresponde probar a la caja de ahorros según el ya citado artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE y se ha de valorar también la disponibilidad y facilidad probatoria para ello, de acuerdo con el artículo 217.7 de la LEC.

El marco probatorio se conforma de la documental y de la declaración del demandante.

El actor respondió a la letrada de la entidad que a pesar de mirar otras entidades contrató con Caja Rural de Navarra por la cantidad que le podían dar. No recordó el número de reuniones mantenidas pero sí que en ellas no le entregaron información por escrito, que solo le explicaron la hipoteca y lo que tenía que pagar al mes. No recordó si le hablaron del mínimo.

Es esta la única prueba practicada en relación a la información que le fue facilitada, además de contar con la escritura de préstamo (documento 2 de la demanda) en la que se inserta la cláusula sin explicaciones adicionales sobre su funcionamiento. La oferta vinculante (documento 1 de la contestación) también recoge el mínimo sin mayor indicación, si bien la entrega de este documento al actor no ha quedado demostrada ante la falta de firma y de prueba alternativa que lo demuestre.

A pesar de que el actor no recordara si se le dijo que existía una cláusula suelo ni por tanto los términos en los que se le pudo hablar de ello, no ha quedado acreditado que la entidad comunicara al actor que la cláusula suelo era una condición principal del contrato que afectaba a su obligación de pago de la cuota, ni que se le advirtiera sobre la posibilidad de que el tipo variable se convirtiera en un fijo mínimo a abonar mensualmente. Tampoco consta que se hicieran simulaciones de diferentes escenarios según la evolución del Euribor ni se comparara con alternativas que no incluyeran suelo.

Así, no puede entenderse superado el canon de transparencia establecido en la jurisprudencia del TS en el sentido de posibilitar la comprensibilidad real de la cláusula.

El actor fue preguntado sobre el momento en el que supo que el contrato incluía el suelo y expuso que se dio cuenta cuando la hipoteca empezó a bajar (se entiende en referencia al Euribor) y su cuota no se reducía. Manifestó que en el año 2008 o 2009 quiso ir a negociar pero que le dijeron que no podía bajarlo porque tenía el suelo. Depuso que la única forma de bajar la cuota era reducir el diferencial, que entendía lo que era el diferencial pero tampoco sabía cuánto tenía. Que se enteró del suelo tras la negociación.

La parte demandada aporta como documento 2 la carta remitida por la entidad al actor en el 2008 comunicando la bajada del diferencial. Esta información se acompaña a fin de justificar que el actor conocía que existía la limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés y que por eso solicitó la rebaja del diferencial. Si embargo, tal conclusión no puede alcanzarse a la vista de que no ha quedado probado que se incluyera con la debida transparencia. La suficiencia informativa y consecuente conocimiento sobre la cláusula suelo no es una conclusión que pueda extraerse de manera lógica por el mero hecho de que el prestatario acudiera a la caja solicitando una rebaja del tipo de interés y la única manera de hacerlo fuera la disminución del diferencial.

La escasez de información tampoco se entiende compensada por la lectura de la escritura pública ante notario. A diferencia de lo que sostiene la demandada en la página tercera de su contestación, no se comparte que el otorgamiento de la escritura evidencie que con carácter previo a la firma de la escritura se hubiera informado de las condiciones (se entiende en referencia también al suelo) no al menos en cumplimiento del deber de transparencia. En relación a la suficiencia de la lectura notarial de la escritura como medio para informar al consumidor de manera que conozca o pueda conocer el significado real de las cláusulas, resulta interesante lo señalado en la STS, del Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre, que analiza también la cláusula suelo, en este caso como consecuencia del ejercicio de una acción de nulidad individual:

"En este sentido debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la

contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desaffollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

La lectura de la escritura nada cambia sobre la posibilidad de su comprensibilidad real si no va acompañada de la previa información y de las simulaciones que serían necesarias para que el consumidor se percate de la trascendencia que la cláusula suelo tendrá al condicionar los intereses que se verá obligado a abonar durante años.

En conclusión, tratándose de un préstamo con un interés variable y a pesar de que la existencia del tipo mínimo choca con la naturaleza variable del tipo, no se informó de modo transparente al actor sobre dicha circunstancia. Como se ha argumentado, la ubicación no es acorde a su relevancia y no ha quedado acreditado que la información de la caja complementara tal circunstancia. Consecuentemente, el actor no tuvo verdadero conocimiento de su presencia.

De lo dicho se desprende que la cláusula analizada no supera el doble filtro de transparencia.

C) Control de abusividad.

Declarada la falta de transparencia de la cláusula que limita la variabilidad del tipo de interés se pasa a analizar las alegaciones en relación a su posible carácter abusivo a la vista del desequilibrio que podría generar en perjuicio del prestatario.

En relación a este control el Tribunal Supremo parte de la falta de delimitación en la Directiva 93/13/CEE y en la normativa española, de los criterios a tener en cuenta para valorar la abusividad y hace referencia a aquellos que el TJUE ha señalado. Así, alude a la Sentencia del TJUE , 14 de marzo de 2013, Caso Aziz, en la que se dice que han de analizarse las normas del derecho nacional para comprobar si la cláusula deja en una situación menos favorable que la prevista en ellas al consumidor y en relación a la buena fe, contiene el siguiente parámetro de cumplimiento:

"En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que... el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

Con posterioridad a la sentencia del TS a la que me vengo refiriendo, el TJUE ha dictado la antes citada sentencia de 16 de enero de 2014, Caso Constructora Principado en la que se ha pronunciado sobre la cuestión:

"Se pone de manifiesto así que, para determinar si existe ese desequilibrio importante, no basta con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. Por el contrario, un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".

Conviene aclarar que el control de abusividad de las cláusulas no transparentes no valora si existe o no un desequilibrio económico entre las partes. El predisponente goza de la libertad para fijar sus ofertas en el mercado y estas pueden ser aceptadas por el cliente de conformidad con la libertad de pactos que recoge el artículo 1.255 del CC con determinados límites.

En este sentido, la Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude a la no necesidad de que exista un equilibrio económico entre el tipo inicial pactado y entre el suelo y el techo, y a la licitud incluso de la cláusula suelo sin fijación de un límite máximo. En efecto, así lo dice el Alto Tribunal en los apartados 257 y 258 de la sentencia.

Ahora bien, la posibilidad de fijar la oferta libremente comporta la obligación de comunicarla cumpliendo los filtros de transparencia analizados y cuando no es así, ha de reputarse abusiva y nula la cláusula que genere un desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor y que este ha aceptado creyendo haber firmado unas condiciones que no lo creaban.

En el caso concreto de las cláusulas suelo, la STS 241/2013 de 9 de mayo, dice que para valorar el equilibrio entre las partes, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto y añade lo siguiente:

"264. Si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible -de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas-, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia -único que ha de ser objeto de examen-, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas en los apartados 3 a 5 del primer antecedente de hecho de esta sentencia, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

Su conclusión al respecto fue que, examinada exclusivamente la cláusula suelo y analizando el riesgo abstracto entre las partes, esta solo cubre el riesgo para la entidad ante posibles bajadas del índice de referencia y frustra las expectativas de bajada para el consumidor, de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible

para el empresario, convirtiendo el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza.

Si nos fijamos en el caso de autos, se establece un tipo mínimo al 2,50% que está resultando ventajoso para la caja, la que se beneficia de que la bajada del índice de referencia no le afecte por debajo del mínimo y a su vez perjudicial para el consumidor, quien no se ve favorecido por el descenso del Euribor. El reparto de riesgos respecto de la variabilidad del tipo no es por ende equilibrado.

Se considera una cláusula contraria a la buena fe por el hecho de que la falta de transparencia hizo que se insertara en el contrato sin que el consumidor fuera advertido de la posibilidad de que el contrato de préstamo suscrito como a interés variable se convirtiera en un préstamo a interés fijo mínimo. A pesar de que como sostiene Caja Rural de Navarra la tendencia era bajista en el año 2004, ha de tenerse en cuenta que el Euribor se situaba en un 2,377 y habiéndose acordado un diferencial del 0,75%, no resultaba tan imprevisible que pudiera alcanzarse el suelo. Además, el plazo de amortización de 35 años exigía, en todo caso, información extensa y detallada sobre la posibilidad del escenario de un préstamo cuyo precio fuera el límite mínimo, como viene siéndolo desde octubre de 2009. Nada cambia en cuanto al reparto de riesgos el hecho de que el contrato incluya un límite máximo al 18%, puesto que queda lejos del nivel máximo alcanzado por el Euribor y por tanto no favorece ni perjudica a las partes.

Según el artículo 10 bis de la LGDCU vigente a la fecha de la contratación: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional/ primera de esta Ley"

Considero que los requisitos exigidos se cumplen en el caso puesto que el Sr. Manchado fue colocado en una situación perjudicial al impedir que se beneficiara de la bajada del Euribor cuando aplicado el diferencial no se superara el mínimo. No fue debidamente informado de esta circunstancia y ello implica que no se respetó el principio de la buena fe contractual (art. 7 y 1.258 del CC); principio que en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse de acuerdo con la Directiva 93/13/CEE y la interpretación que de la misma viene realizando el TJUE. La buena fe se entiende superada en los casos en los que se estima razonablemente que la cláusula hubiera sido aceptada en el marco de una leal negociación individual (Caso Aziz). Entiendo que la buena fe se infringe por el mero hecho de incluir una cláusula sin informar sobre su verdadero significado y que de haberse conocido hubiera posibilitado negociar otras condiciones contractuales o apartarse del contrato.

Por todo lo expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario de 14 de septiembre de 2004 suscrito entre Caja Rural de Navarra y D. xxxx xxxxx xxxx.

TERCERO.- Consecuencias de la nulidad.

Declarada la nulidad de la cláusula, para determinar sus efectos ha de tenerse en cuenta el artículo 10 de la LCGC, según el cual, "La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia".

Dado que el contrato puede subsistir perfectamente sin la cláusula suelo, se mantiene en vigor de manera que la cláusula suelo se tiene por no puesta conforme al artículo 83 del TRLGDCU, sin ser necesaria la condena a la entidad para que la elimine del contrato.

La parte actora solicita además que la declaración comporte la restitución de las cantidades cobradas de más como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo conforme al artículo 1.303 del CC. Según la modificación efectuada en la audiencia previa, la retroactividad ha de limitarse al 9 de mayo de 2013 en aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sentencia de Pleno de Tribunal Supremo núm. 139/2015, de 25 de marzo.

La citada sentencia fija la siguiente doctrina jurisprudencial:

"Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Re. 121712013 y la de 24 de marzo de 2015, Re. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013".

Habiendo sido declarada la nulidad de la cláusula suelo en aplicación de la doctrina fijada en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, procede acceder a la petición de restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013.

Procede también la devolución de los intereses legales de los importes cobrados de más en cada cuota, desde que fueron abonados hasta la fecha de la sentencia, conforme a los artículos 1.100 y 1.108 del cc. El importe total resultante devengará el interés de mora procesal, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde el dictado de esta sentencia hasta su pago (art.576 de la LEC).

CUARTO.- Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la LEC, la estimación íntegra de la demanda según la modificación efectuada en la fase de audiencia previa comporta la imposición de costas a la parte demandada.

Por todo lo dicho, procede estimar íntegramente la demanda.

FALLO



1. ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. xxxx xxxxx xxxxx contra Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito.
2. DECLARO la nulidad de la cláusula tercera bis ("Tercera-bis: TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO. Pactan las partes expresamente que el tipo de interés resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al 2,50 por ciento anual.") del contrato de préstamo hipotecario de 14 de septiembre de 2004 suscrito entre Caja Rural de Navarra y D. xxx xxxxx xxxxx, la cual se tiene por no puesta en el contrato.
3. CONDENO a Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito a devolver las cantidades cobradas de más a D. xxxx xxxxx xxxxx por aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta el dictado de esta sentencia. La cantidad, a determinar en ejecución de sentencia, se verá incrementada por los intereses legales de los importes cobrados de más en cada cuota, desde que fueron abonados hasta la fecha de la sentencia, conforme a los artículos 1.100 y 1.108 del CC. El importe total resultante devengará el interés de mora procesal, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, desde el dictado de esta sentencia hasta su pago (art.576 de la LEC).
4. CONDENO a Caja Rural de Navarra Sociedad Cooperativa de Crédito al pago de las costas del procedimiento al haberse estimado la demanda íntegramente.
5. De conformidad con el artículo 22 de la LCGC diríjase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DIAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2196 0000 00 007615, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª de la LOPJ). No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. JUEZA que la dictó, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en DONOSTIA/SAN SEBASTIÁN, a 13 de octubre de 2015.