

JUZGADO DE LO MERCANTIL N° 12 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013

Tfno: 914930518

Fax: 914930580

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0188841

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 639/2015



Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

Demandante:: D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. JUAN PEDRO MARCOS MORENO

Demandado:: CAJA RURAL DE ASTURIAS SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

SENTENCIA N° 248/2016

En Madrid, a seis de octubre de dos mil dieciséis .

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid y su Partido, habiendo visto los presentes autos 639/2015 a instancia de DOÑA
Y DON

representados por el procurador Dº JUAN PEDRO MARCOS y bajo la Dirección Letrada de Dº FRANCISCO JAVIER RUBIO GIL contra CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO representado por la procuradora Dª MARÍA MORENO DE LA BARREDA ROVIRA y el letrado Dº JORGE CAPELL NAVARRO .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de septiembre de 2015 tuvo entrada en el Juzgado escrito por el que DOÑA
Y DON

representados por el procurador Dº JUAN PEDRO MARCOS formuló demanda de Juicio Ordinario frente a CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO , alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por oportuno.

SEGUNDO.- Por resolución de fecha 6 de octubre de 2015 se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada.

TERCERO.- Con fecha de 24 de noviembre de 2015, por la procuradora D^a MARÍA MORENO DE LA BARREDA ROVIRA en nombre y representación de CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO se presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a ésta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por oportuno.

CUARTO.- Señalada la Audiencia Previa para el día 5 de octubre de 2016 , la misma se celebró con la comparecencia de la debida representación y defensa de las partes, y en ella se practicó la prueba declarada pertinente y del modo que consta en el acta y soporte audiovisual se concluyó por las partes , quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO .- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DOÑA **Y**
DON ejercitan acción declarativa de
nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad contra **CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO.**

En efecto, los actores suplican sentencia por la que:

- 1. Se declare el carácter abusivo y en consecuencia la nulidad de la cláusula Tercera Bis, consistente en "Cláusula Suelo", así como la nulidad de la cláusula Cuarta referente a la comisión por reclamación de posiciones deudores y la nulidad de la cláusula Sexta relativa a los intereses de demora, con todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad y a estar y pasar por dicha declaración, del contrato concertado por las partes en fecha 14 de octubre de 2005.*
- 2. Se condene a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas impugnadas relativas a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable, incrementadas en el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, así como a la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula Cuarta y cláusula Sexta del contrato de préstamo hipotecario.*
- 3. Se condene a la entidad demandada a la eliminación de las precitadas cláusula tercera bis del contrato de préstamo suscrito entre las partes, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable así como a recalcular y rehacer, con exclusión de la cláusula*

tercera bis, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.
Además de la condena en costas.

Por su parte, la demandada se opone a la demanda y solicita que se dicte sentencia, absolviendo de todas las pretensiones formuladas en su contra a la demandada, con expresa imposición de costas al demandante.

En primer lugar, **CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO** expone que ha cumplido con sus obligaciones legales de información y documentación.

Continúa exponiendo la imposibilidad de considerar las cláusulas como abusivas y la legal incorporación al contrato de las mismas.

SEGUNDO.- En efecto, con fecha de 14 de octubre de 2005 se suscribió Escritura de Préstamo Hipotecario otorgada por **CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO** a favor de

En tal Escritura se incluyó la **CLÁUSULA 3 BIS IN FINE “Los límites de variación del tipo de interés se establecen en un máximo del 15% y mínimo del 3%”**.

De forma que procede el examen de los requisitos de la acción de nulidad ejercitada.

TERCERO.- En primer lugar, alegándose por la parte actora que nos encontramos ante una cláusula predispuesta o impuesta, no se niega de contrario, si bien adujo que fue informado de los términos particulares que serían aplicados a sus préstamos.

El art. 82 1. 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 dispone en su apartado primero que "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

CUARTO.- Por lo tanto, trasciende en tal relato la alegación de que nos encontramos ante unas cláusulas suelo que se insertan en la cláusula sobre tipo de interés, que son superiores al interés del mercado y que asimismo conllevan la práctica imposibilidad para los prestamistas de que se pudieran beneficiar de la bajada de tipos.

En tal sentido, cabe traer a colación la SJM, Mercantil N° 1 de Burgos de fecha 11 de Mayo del 2011 Estas cláusulas también se conocen, a nivel técnico, como cláusula de tipo de interés mínimo en el préstamo hipotecario, siendo su función la de fijar el tipo de intereses

que deberá abonar el hipotecado con independencia de la situación económica. De esta manera, el suelo hipotecario determina los intereses mínimos que tendrá que abonar el hipotecado aún cuando la suma del índice de referencia más diferencial fuera menor. Es un seguro de protección de las Entidades Bancarias para momentos en los que el Euribor fuera demasiado bajo. (...) En este sentido debería haberse acreditado que esa posibilidad real de negociación se da en un porcentaje significativo de los contratos suscritos (...)

Tal es la interpretación que dimana de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999, citada en la sentencia de la AP de Madrid de 2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, indicaba que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (con la interpretación que hace Tribunal de Justicia en la sentencia de 3 de junio de 2010), que el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Respecto de la Escritura de 14 de octubre de 2005, la parte demandada no ha acreditado que la comúnmente conocida como “cláusula suelo” no haya sido incorporada a un número significativo de contratos, como ya se ha indicado.

QUINTO.- Tema diverso, si bien directamente relacionado, es la alegación, que directamente se deriva de la contestación a la demanda, de que la limitación a la variación del tipo de interés variable no puede considerarse condición general de la contratación, pues, al recaer sobre un elemento esencial del contrato como es el precio, es libre y conscientemente aceptada por el consumidor.

Así, se ha venido suscitando polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si el hecho de que una cláusula contractual se refiera a un elemento esencial del contrato, supone que en todo caso se tratará de una cláusula individualmente negociada y, en segundo término, si el control de abusividad puede extenderse a aquellas cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato.

Por una parte, algunas resoluciones han venido sosteniendo la imposibilidad de considerar condiciones generales las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar, y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas; por ejemplo, la SJM, Mercantil Nº 9 de Madrid, de fecha 08 de Septiembre del 2011.

Sin embargo, habiendo recaído Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se ha de estar a ésta.

Así, tal y como se señala en la STS de fecha 09 de mayo de 2013 (ROJ: **STS 1916/2013**) (Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS): “144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:

a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo.”

SEXTO.- Por lo expuesto, se ha de continuar examinando si, como se alega por la actora, el contenido de la cláusula controvertida puede ser calificado como abusivo.

Con todo, la actora invoca el art 87 del TRLGCU, que considera abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario.

Por lo que se plantea, con carácter previo, si dado que la posibilidad de incluir acotaciones a la variación de los tipos de interés se recoge en la OM de 5 de mayo 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por las OO.MM. de 27 de octubre de 1995, de 1 de diciembre de 1999 y de 28 de octubre de 2011, como también la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares, están excluidas de la aplicación de la LCGC.

Sin embargo, tal cuestión también fue resuelta por la STS de 9 de mayo de 2013: *“178. Debe ratificarse lo razonado en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en cuanto afirma que "la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis".*

SÉPTIMO.- Sentada la anterior cuestión, se alega que la cláusula ocasiona, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato.

Así, cabe traer a colación la SAP Madrid 22 de marzo de 2007 que igualmente aboga por limitar el control a una reciprocidad obligacional en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, y ,de nuevo. la S.J. Mercantil N° 9 de Madrid, de fecha 08 de Septiembre del 2011 cuando razona que *“Este juzgado se alinea con las opiniones doctrinales expuestas y con el criterio de la Sección 28 en la resolución de referencia, entendiendo que la reciprocidad a controlar por vía del art 87 del TRLCU es una reciprocidad jurídica”*.

Como vemos, se sostuvo que la reciprocidad a controlar por vía del art 87 del TRLCU es una reciprocidad jurídica y que la decisión judicial no se puede extender a la integración de un elemento esencial como es el precio.

Sin embargo, debe nuevamente estarse a la STS de 9 de mayo de 2013, en cuanto, si bien parte de la consideración de que las cláusulas suelo forman parte del precio, no excluye las mismas del control de contenido por abusividad, si bien no cabe como regla el control de su equilibrio.

Así, en primer lugar procede un examen de inclusión de las condiciones generales, pero también es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

Razona la STS que, la interpretación a contrario sensu del artículo. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad, si no están redactadas de manera clara y comprensible.

OCTAVO.- Consecuentemente, se ha de efectuar el control relativo a la incorporación de la cláusula en el contrato.

También en el supuesto que nos ocupa debe partirse de que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, y demás normativa aplicable garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor, por lo que igualmente cabría llegar a la misma conclusión que la alcanzada en el párrafo 203. *“Las condiciones generales sobre tipos de interés variable impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias legales para su incorporación a los contratos, tanto si se suscriben entre empresarios y profesionales como si se suscriben entre estos y consumidores-, a tenor del artículo 7 LCGC.”*

NOVENO.- Si bien, como se ha indicado, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores.

Elabora así la STS la construcción jurisprudencial que califica como doble filtro de transparencia en contratos con consumidores y, a este respecto, parte de la consideración de que admitido que la transparencia de las condiciones examinadas superan el filtro de inclusión en el contrato, es necesario examinar si el contexto en el que se enmarcan permite conocer su trascendencia en el desarrollo del contrato.

A este respecto, en la reciente STS N.º 138/2015 de 24/03/2015, frente al primer motivo del recurso de casación que se encabezaba así: *«la sentencia recurrida infringe el artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico»*, razona *“Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres*

legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/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.”

Todo ello con cita de sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada “cláusula suelo”, puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

Por otra parte, debe recordarse que tal línea jurisprudencial se funda, a su vez, en diversas resoluciones del TJUE, que viene manteniendo en recientes resoluciones la procedencia de ponderar en contratos con consumidores, el control de incorporación y el doble filtro de transparencia, así, *SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) de 23 de abril de 2015.*

O, como recuerda la STS 23/12/20015: 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.

DÉCIMO.- De hecho, en el caso que nos ocupa, son igualmente aplicables algunos de los parámetros tomados en cuenta por el TS de 9/05/2013:

“217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y

sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia.

218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.

219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo.”

En efecto, el tenor literal de la CLÁUSULA 3 BIS IN FINE “Los límites de variación del tipo de interés se establecen en un máximo del 15% y mínimo del 3%” debe ponderarse en la relación jurídica en que se inserta.

Así, tal tenor se encuadra en todo un clausulado, que procede ponderar. En efecto, dentro de las CLÁUSULAS FINANCIERAS, en la cláusula TERCERA se hace constar “INTERESES ORDINARIOS”. Asimismo la cláusula 3.BIS “TIPO DE INTERÉS VARIABLE, con lo que la cláusula aparenta prever un tipo de interés variable, pero seguidamente, ya se contiene la mentada cláusula objeto del procedimiento.

Por lo tanto, cabe concluir que aparenta ser un contrato en que existe un periodo como préstamo a interés variable, que, sin embargo, no es tal, dada la inclusión de la cláusula objeto del procedimiento.

Asimismo, no consta que la oferta como interés variable haya sido completada con una información adecuada, de hecho, se acompaña “OFERTA VINCULANTE DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA”. Sin embargo, cabe destacar lo parco de las previsiones, el mínimo tamaño de fuente empleado en el cuadrante que expresa los límites, ubicados en un documento tipo impreso con distintas previsiones de difícil comprensión.

Ponderando tal documento, no cabe concluir que sea información suficiente sobre la existencia de la cláusula y sobre su funcionamiento a lo largo del periodo de vigencia del contrato.

En definitiva, en el concreto supuesto que nos ocupa, se aprecia que las cláusulas analizadas, no son transparentes, por la concurrencia de los presupuestos que también valora la Sentencia del TS:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.

c) 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.

d) Y, particularmente en el caso estudiado, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

UNDÉCIMO.- Ahora bien, y siguiendo el esquema de la STS de 9/05/2013, para que proceda expulsarlas del mercado por la vía de la legislación de condiciones generales de la contratación, la LCGC requiere que sean perjudiciales para el adherente y contrarias a la propia Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva.

Así, el tenor del 8.1 LCGC prevé que "serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención."

Por lo tanto, procede nuevamente la cita de la STS 9/05/2013: *"231. Tratándose de condiciones generales en contratos con consumidores, el artículo 8.2 LCGC remite a la legislación especial.*

El análisis de las normas transcritas permite concluir que constituyen requisitos para considerar abusivas las cláusulas no negociadas los siguientes:

a) Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada.

b) Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato.

c) Que el desequilibrio perjudique al consumidor -en este extremo, en contra de lo que insinúa el Ministerio Fiscal, es preciso rechazar la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario-."

Ya hemos razonado que las condiciones generales impugnadas han sido predispuestas para ser incorporadas a pluralidad de contratos.

Sin embargo, en cuanto a su ponderación, recuérdese *"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."*

Ahora bien (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-) del tenor de las cláusulas valoradas, se deduce que se cubre el riesgo derivado de la posible oscilación para LA ENTIDAD, pero no para el consumidor, con lo que cabe llegar a idéntica conclusión que la alcanzada en el párrafo 264 de la STS de 9/05/2013 "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."*

DUODÉCIMO.- Como se ha indicado en el primer Fundamento de Derecho, el actor suplica sentencia con pronunciamiento declarativo de las cláusulas cuestionadas.

A este respecto, en efecto, debe recordarse que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

DECIMOTERCERO.- Se ejerce en la demanda la acción de restitución de las cantidades que se dicen indebidamente cobradas en aplicación de las cláusulas cuya nulidad se ha declarado por la presente resolución, procede acotar la eficacia de la declaración de nulidad acordada.

A favor de la restitución de cantidades se han algunas Audiencias Provinciales- Álava, Cuenca-. En contra, se han pronunciado al menos, el JM 9 de Barcelona, el JM 2 de Madrid, JM 1 Murcia, la AP de Cáceres , AP de Alicante y AP Madrid (sección 28ª).

El origen de la polémica viene sin duda marcado por el pronunciamiento de **la STS 9-5-13** en relación con la irretroactividad de la sentencia, cuyo fallo se pronuncia así: *“No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia”*.

No obstante lo expuesto, a fecha del dictado de la presente resolución han recaído la STS N.º 138/2015 de 24/03/2015 y la STS N.º 139/2015 de fecha 25 de marzo de 2015.

DECIMOCUARTO.- En otro orden de consideraciones, también se solicita la nulidad de la cláusula CUARTA, en cuanto contiene la previsión de “Comisión por reclamación de posiciones deudoras: Según tarifa de Caja Rural”.

Podría comenzar razonándose que la cláusula cumple los requisitos, entre otros de incorporación, a que se refiere el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sin perjuicio de su posible control sobre su contenido, cuestión ésta que exige un estudio detenido de la cuestión.

En efecto, la STJUE Pleno, de 27 de junio de 2000 (asunto C-240/1998), ya señaló que *“el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. (...) sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”*.

En el Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE no 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE no 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, el 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 (BOE no 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

En el concreto caso que nos ocupa, la cláusula no permite conocer cuál es la comisión que se devengaría, ya que la cláusula contiene una remisión a “tarifa de Caja Rural”, ignorándose cuál es, o dónde puede integrarse el contenido indeterminado de la cláusula en cuestión.

Asimismo la cláusula no explicita si es única, o bien si se devengan tantas comisiones como cuotas o conceptos impagados, lo que impide asimismo entrar a considerar si tal comisión se corresponde con una efectiva gestión realizada por la entidad.

Ciertamente resulta ilustrativa la SAP, Civil sección 1 del 29 de junio de 2015 (ROJ: SAP B 6995/2015 - ECLI:ES:APB:2015:6995).

No obstante la incidencia que la situación de mora reviste como presupuesto del devengo de los intereses moratorios y del devengo de la comisión que nos ocupa, sendas figuras diversas.

Sin embargo, cabe ponderar que la previsión de la cláusula contraviene la norma tercera 3 de la Circular 8/1990 del Banco de España, pues la imprecisión con la que se redacta impide constatar si se corresponde su devengo con la prestación de un servicio bancario

En efecto, el tenor de la cláusula que nos ocupa no determina su cuantía, ni concreta si se generan una o tantas comisiones por cuota que pudieran impagarse, y tampoco explicita si se devengaría en caso de reclamación de una única cuota vencida y no atendida.

En similar línea interpretativa, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cláusulas similares, se cita la Sentencia de la Sección Segunda 99/2015, de 20 de abril en la que la abusividad se argumenta en términos semejantes a los expuestos:

"En la cláusula se establece un recargo por parte de la entidad demandante, en el supuesto de impago de alguna cuota por parte de la prestataria y de reclamación de la misma, sin que en el momento de contratar se refleje ni se informe sobre el coste de una actuación concreta que la misma deba desarrollar en caso de que el prestatario se encuentre en posiciones deudoras, sino que se trata de una cuota fija a abonar por el solo hecho de recibir una reclamación, que la Caja puede formular mediante una simple llamada telefónica. Cuando la cláusula se refiere a la comisión por reclamación está contemplando la comunicación al deudor de su situación, sin que ello implique la necesidad de efectuar un requerimiento notarial ni de contratar los servicios de un abogado para llevar a cabo una llamada o remitir una carta que los empleados de la demandada pueden realizar dentro de sus funciones sin que tal actuación suponga un coste adicional en los salarios que la Caja deba afrontar.

Y además, la comisión por reclamación viene a suponer una sanción por la situación deudora añadida al recargo por intereses de mora.

Es patente que tal cláusula perjudica al consumidor, concurriendo las condiciones exigidas por el art. 10 bis de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en la redacción vigente al tiempo de establecerse, para declarar nula por abusiva la indicada cláusula".

Por ello, se declara la nulidad por razón de abusividad la cláusula cuarta del contrato, en cuanto a la previsión “Comisión por reclamación de posiciones deudoras: Según tarifa de Caja Rural”.

DECIMOQUINTO.- Finalmente, se solicita resolución que declare la nulidad de la cláusula Sexta relativa a los intereses de demora.

A este respecto, cabe considerar aplicable el artículo 85.6, puesto que se alega que el tipo de interés moratorio pactado resulta desproporcionado, además del el art. 20.4º de la Ley 16/2011 de 24 de junio de Contratos de Créditos al Consumo.

Además, se debe estar a los criterios previstos en el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Crédito al Consumo y art. 7 de la Ley Antimorosidad.

Asimismo, cabe apreciar que los contratos de financiación de consumo están sujetos a las normas generales de protección de los consumidores y a la más específica reguladora del contrato de crédito al consumo (Ley 7/1995 derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, en vigor desde el día 25 de septiembre de ese año).

En principio, el interés moratorio deberá ser calificado de abusivo y por consiguiente nulo en la medida en que suponga "la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones" (artículo 85.6 LGDCU).

Previamente ha de indicarse que, teniendo en cuenta la *Disposición transitoria segunda* (Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual), no resulta de aplicación el art. 3.2 de Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, por el que se añade un tercer párrafo al artículo 114 que queda redactado del siguiente modo: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

A este respecto, el límite del interés moratorio, usualmente barajado en las Audiencias Provinciales como parámetro, es el establecido en el derogado artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

No se trata de considerar que tal previsión resulta directamente aplicable al contrato que nos ocupa, sino que el criterio que se contiene en el citado precepto y la jurisprudencia referida, conlleva un criterio interpretativo del que cabe partir.

Pues, tal y como indica la SAP de Barcelona de 25 de abril de 2013 “Enseguida se advierte que la eventual abusividad de la sanción impuesta al deudor moroso no se determina por sí

misma sino que ha de fijarse en atención a la relación más o menos proporcionada que guarde con las restantes coordenadas del contrato (principalmente con el tipo de interés remuneratorio pactado, que se fija partiendo de un tipo base más una prima de riesgo, la cual toma en cuenta básicamente la duración del vínculo) y del contexto económico en que se enmarca (el índice de referencia más habitual en los contratos de interés variable, el euribor, se forma en atención al precio del dinero en el mercado interbancario de ámbito europeo), sin perder de vista que la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario).”

De hecho, la STS de 23 de septiembre de 2010 enjuició un préstamo hipotecario de febrero de 1992 con un interés remuneratorio del 16% anual y moratorio del 29%, y resolvió utilizar -por vía analógica- el criterio supletorio contenido en el artículo 19.4 LCC para integrar ese contrato cuyo interés moratorio había sido declarado abusivo por los órganos de instancia.

Como razona el A.J. Primera Instancia n.º 2 de Marchena en Auto de 15 de enero de 2013: “ Sin necesidad de aducir, que no se aplica en sí el citado artículo 19 previsto para el interés máximo aplicable para los descubiertos en cuentas corrientes, (actual artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio , de contratos de crédito al consumo), que a fin de cuentas se prevén para intereses remuneratorios y no moratorios y está expresamente excluidos para los contratos de crédito garantizados con hipotecas inmobiliarias, según el artículo 2.2, sino que se acoge el criterio sentado sobre su base por la generalidad de las Audiencias Provinciales, (AP. Asturias, Sección 1ª, auto de 23 de marzo de 2011 , sentencia núm. 212/2011, de 20 de Mayo , AP. de las Palmas, AC/2011/147 , etc), como parámetro legal, recurrido en interpretación analógica por apreciarse identidad de razón. Habiendo incluso una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2010 , aceptado la aplicación de la limitación prevista en el artículo 19.4 de la LCC, entendiéndose que ni siquiera es necesario aplicarlo por analogía (en tanto el supuesto enjuiciado se trataba de un préstamo bancario), sino como criterio interpretativo del artículo 10 de la LGDCU que si era aplicable al contrato litigioso, y así se admite en dicha sentencia que se fije "un determinado interés por interpretación del artículo 10 de la LCU de 1984 a la luz de normas posteriores ", explicando, que "no se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente, de 1984 , a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social , conforme al artículo 3.1 del Código Civil ", y que "se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo", sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como criterio interpretativo con base o parámetro legal, "fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero".

Haciendo propios los precedentes argumentos, sí cabe apreciar que la cláusula predispuesta resulta del modo expuesto, abusiva.

Veamos, la cláusula prevé un interés del 16% %, cuando el tipo previsto en el art. 19.4, parámetro al que se acoge la jurisprudencia, respecto de los descubiertos en cuenta corriente con consumidores, a los que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo prevé que no se puedan aplicar un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, resulta de evidente desproporción.

Declarada abusiva la integridad de la cláusula relativa a los intereses moratorios reclamados, cuando estos se aplican no a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato, sino al total del principal resultante de dar por vencido anticipadamente el préstamo, de conformidad con el artículo 83 del RDL 1/2007, la cláusula será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

DECIMOSEXTO.- En cuanto a las costas, resulta de aplicación el art. 394 LEC, que estipula como criterio general para su establecimiento, el del vencimiento, ponderando en este caso que se ha estimado sustancialmente la demanda.

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

FALLO

**ESTIMAR SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA formulada por DOÑA
Y DON
, frente a CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD
COOPERATIVA DE CRÉDITO, y, en su consecuencia:**

1.- DECLARO LA NULIDAD, de la cláusula Tercera Bis, respecto de la previsión “Los límites de variación del tipo de interés se establecen en un (...) mínimo del 3%”, así como la nulidad de la cláusula Cuarta referente a la comisión por reclamación de posiciones deudores y la nulidad de la cláusula Sexta relativa a los intereses de demora, con todos los efectos inherentes a la declaración de nulidad y a estar y pasar por dicha declaración, del contrato concertado por las partes en fecha 14 de octubre de 2005.

2.- CONDENO A CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO al pago de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la cláusula Tercera Bis, respecto de la previsión “Los límites de variación del tipo de interés se establecen en un (...) mínimo del 3%”, desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013; más las cantidades que se devenguen hasta la cesación efectiva de la cláusula suelo. Asimismo, se condena a la entidad demandada a abonar el interés legal desde la fecha de cada cobro.

3.- CONDENO A CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO a la eliminación de las precitadas cláusula tercera bis del contrato de préstamo suscrito entre las partes, relativa a la fijación de un límite mínimo al tipo de interés variable así como a recalcular y rehacer, con exclusión de la cláusula tercera bis, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con los demandantes contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción.

4.- DECLARO la subsistencia del resto del contrato de préstamo hipotecario objeto de la presente litis.

Absuelvo a la entidad de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Se condena en costas a CAJA RURAL DE ASTURIAS, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO

Notifíquese esta resolución a las partes, llévase el original al Libro correspondiente y testimonio a las actuaciones.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que habrá de interponerse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación. (art. 457 LEC).

De conformidad con lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª, PUNTO 6 Y 7 y la DISPOSICIÓN FINAL de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; SE INDICA la necesidad de constitución de depósito para recurrir la presente resolución; y el cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

La interposición de recursos precisará la consignación como depósito de 50 € en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo:

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública, doy fe en Madrid.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.