

UPAD DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE BERGARA

BERGARAKO LEHEN AUZIALDIKO ETA INSTRUKZIOKO 3 ZK.KO ZULUP

ARIZNOA s/n - CP./PK: 20570
TEL.: 943-038053
FAX: 943-038063

NIG PV / IZO EAE: 20.03.2-16/000928
NIG CGPJ / IZO BJKN :20074.42.1-2016/0000928

Pro.ordinario / Proz.arrunta 172/2016 - D

S E N T E N C I A Nº 78/2017

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª XXX CARLOS ESCRIBANO GARCÍA

Lugar: BERGARA (GIPUZKOA)

Fecha: dieciséis de mayo de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: XXX XXX XXX XXX y XXX XXX XXX XXX

Abogado/a:

Procurador/a: SUSANA DIEZ ORUS y SUSANA DIEZ ORUS

PARTE DEMANDADA CAJA RURAL DE NAVARRA S. COOP. DE

CREDITO Abogado/a:

Procurador/a: AITOR NOVAL BARRENA

OBJETO DEL JUICIO: OBLIGACIONES

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de Mayo de 2016, por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Diez Orús, en nombre y representación de Don XXX XXX XXX XXX y Doña XXX XXX XXX XXX, se presentó, en el Decanato de los Juzgados de

Primera Instancia e Instrucción de Bergara, demanda de Juicio Ordinario contra CAJA RURAL DE NAVARRA S.COOP. DE CRÉDITO, que, por turno de reparto correspondió a este órgano. En ella, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho estimados de pertinente aplicación, solicitaba el dictado de una Sentencia por la que se proceda a:

1.- **DECLARE** la nulidad de la cláusula de límite al interés variable a la baja (cláusula suelo) de la escritura pública de 21 de octubre de 2010 referida en la demanda, por ser cláusula abusiva por falta de transparencia y generar desequilibrio el perjuicio del consumidor en contra de la buena fe.

2.- **CONDENE** a Caja Rural a:

A. Estar y pasar por dicha declaración.

B. Proceder a la devolución de las cantidades cobradas de más correspondientes a la diferencia entre:

El tipo de interés resultantes en aplicación de la cláusula suelo de la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de octubre de 2010 (2,30%), y

El tipo de interés variable previsto en la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de octubre de 2010 (Euribor + 1% variable bajo ciertas condiciones) de acuerdo con la fórmula aritmética contenida en la referida escritura

C. Que se deje sin efecto su aplicación para liquidaciones futuras durante la vigencia del préstamo hipotecario referido en la demanda.

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada más los intereses legales.

SEGUNDO- Por Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia de fecha 8 de Junio de 2016, fue admitida a trámite la demanda presentada, una vez verificada la jurisdicción y la competencia, y demás requisitos procesales, emplazando a la parte demandada para que la contestara en plazo legal. Mediante escrito presentado al Juzgado en fecha 15 de Julio de 2016, el Procurador de los Tribunales Don Aitor Noval Barrena, en nombre y representación de CAJA

RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, presentó escrito de contestación y oposición a la demanda, interesando el dictado de una Sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda interpuesta a instancia de Don XXX XXX XXX XXX y Doña XXX XXX XXX XXX, absolviendo a su mandante de todos los pedimentos contenidos en la misma, con expresa imposición de las costas causadas al demandante. Posteriormente, por Diligencia de Ordenación del Letrado de la Administración de la Justicia de fecha 1 de Septiembre de 2016, se convocó a las partes para la celebración de la AUDIENCIA PREVIA al juicio el día 28 de Marzo de 2017 a las 12:45 horas de su mañana en sede de este Juzgado.

TERCERO.- Llegado el día y la hora señalada para la celebración de la audiencia previa comparecieron las partes manifestando que el litigio subsiste y no hay disposición para llegar a un acuerdo o para formalizar una transacción que ponga fin al proceso, no alegándose por las partes la existencia de ninguna cuestión procesal que pudieran impedir la válida prosecución y término del proceso sobre el fondo, por lo que se prosiguió con la celebración de la audiencia previa.

Concedida la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamentan sus pretensiones no existe conformidad sobre ellos, ni acuerdo entre las partes por lo que se procedió a la proposición de prueba. Por las partes se propusieron las pruebas que consideraron convenientes a su derecho. Declaradas pertinentes las pruebas propuestas, se señaló para la celebración del juicio el día 11 de Mayo de 2017 a las 11:00 horas de su mañana.

CUARTO.- Llegado el día y la hora señalada se practicaron seguidamente las pruebas admitidas con el resultado que obra en autos. Concedida de nuevo la palabra a las partes para conclusiones finales, verificadas las mismas se acordó la práctica de diligencias finales.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento.

Se ejercita por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Diez Orus, en nombre y representación de Don XXX XXX XXX XXX y Doña XXX XXX XXX XXX, demanda de juicio ordinario contra Caja Rural de Navarra, Sociedad Cooperativa de Crédito, ejercitando acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación a la denominada “cláusula-suelo”, que en el presente caso se contiene en la Cláusula tercera del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes y que dispone que:

“TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO:

Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al DOS ENTEROS TREINTA CENTESIMAS DE OTRO ENTERO (2,30%) POR CIENTO.”

La parte actora interesa la restitución de todas las cantidades que la demandada ha percibido en exceso por aplicación de la cláusula suelo desde el momento de la celebración del contrato, correspondientes a la diferencia entre entre el tipo de interés resultante en aplicación de la cláusula suelo de la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de octubre de 2010 (2,30%) y el tipo de interés variable previsto en la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario (Euribor + 1%), de acuerdo con la fórmula aritmética contenida en la referida escritura. Asimismo, que se deje sin efecto su aplicación para liquidaciones futuras durante la vigencia del préstamos hipotecario referido. Todo ello con condena en costas a la demandada, más los intereses legales.

Caja Rural de Navarra contesta a la demanda oponiéndose a ella en su integridad, solicitando la total desestimación. Alega que los demandantes no tienen la condición de consumidores por cuanto que firmaron ante Notario el 11 de abril de 2.008 un contrato de permuta con la constructora “XXX Constructora S.L.” y por el cual los demandantes cedían a dicha constructora una serie de fincas para llevar a cabo una obra de construcción; a cambio de esta finca la constructora se comprometía a ceder a los demandantes la propiedad de seis fincas sitas en

Bergara, contratando posteriormente los demandantes el préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento para el acondicionamiento de las viviendas, que entiende destinará a la venta o alquiler. Y en cuanto a la escritura de préstamo hipotecario manifiesta que cláusula cuya nulidad se pretende fue individualmente negociada con la parte actora y que la parte demandada cumplió con todos sus deberes de información y transparencia.

En cuanto a la cuantía del procedimiento se entiende que debe ser indeterminada y que el procedimiento a seguir es el juicio ordinario por razón de la materia ya que se ejercita la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación y no atendiendo a la cuantía.

SEGUNDO.- Normativa aplicable.

La definición de consumidor contenida en el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios tiene un carácter restrictivo al establecer un límite objetivo: la condición de consumidor solo se adquiere cuando el adquirente de los bienes o servicios se convierte en destinatario final. Si los que utilizan o disfrutan los bienes o servicios son “destinatarios finales” (artículo 1.2 de la citada Ley) tienen la condición de consumidores. Esta delimitación era restrictiva porque no tenía en cuenta posibles actos de consumo cuando la utilización o disfrute de bienes o servicios no eran aprovechados por el adquirente como destinatario final, aunque fueran totalmente ajenos a actividades empresariales, como ocurría, por ejemplo, con los inversionistas. Quien adquiriría un inmueble de manera para reforzar su patrimonio, sin finalidad alguna de desarrollar una actividad empresarial, profesional o comercial de promoción inmobiliaria en su más amplio sentido (venta y aprovechamiento, en general) no resultaba amparado por la normativa especial de protección de consumidores.

Por el contrario, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, contiene una descripción del consumidor más amplia por referencia a la actividad comercial, profesional o empresarial y no por del concreto destino que se pueda dar a los bienes y servicios adquiridos o utilizados. Con ello se da cabida al inversionista, y no solo en el ámbito de la compra o aprovechamiento de bienes inmuebles, sino también en otros ámbitos como el que pueda corresponder al inversor financiero (que puede ostentar la condición de consumidor financiero).

La cuestión a resolver es qué normativa aplicar en relación con los demandantes.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define al consumidor como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (artículo 2.b). En el caso que nos ocupa estamos tratando, precisamente, acerca de la nulidad de una cláusula por abusividad, conforme a la interpretación ofrecida por la Jurisprudencia que, a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, se apoya en lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva citada y en el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, y sin distinguir sobre régimen transitorio, declara la nulidad de las cláusulas que limitación la variación del tipo de interés.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha incorporado como propios los criterios sustentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la aplicación de las Directivas, incluso aunque no estén incorporadas al Derecho interno por vía de integración: “Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2013 (recurso 1979/2011).

Por lo tanto, el concepto de destinatario final contenido en el artículo 1 de la Ley 26/1984 debe de ser interpretado conforme dispone en el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CEE, y que se incorporó al Derecho interno con el Real Decreto Legislativo 1/2007 que, no siendo más que un Texto Refundido, sin embargo modifica el concepto de consumidor contenido en uno de los textos legislativos a refundir conforme a la Disposición Final 5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, que ya prevé la transposición de las directivas comunitarias en materia de

protección de consumidores y usuarios.

De este modo, y conforme al artículo 2 de la Directiva, los demandantes tienen la condición de consumidores porque, como más adelante se detallará, la contratación del préstamo fue completamente ajena a actividad profesional alguna de los demandantes.

Una interpretación literal del artículo 1.2 de la Ley 26/1984 contravendría abiertamente lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva citada al restringir el concepto de consumidor y, con ello, el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios y, muy en concreto, en relación con cláusulas abusivas. Con la interpretación integradora a la que hacemos mención eludimos el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, prevista en el artículo 267 de su Tratado de Funcionamiento: “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”.

TERCERO.- Condición de consumidor .

Se alega por la demandada que el préstamo hipotecario contratado tenía como finalidad el acondicionamiento de las seis viviendas que la constructora “XXX Constructora S.L.” cedía a los demandantes en virtud del contrato de permuta celebrado entre ellos, entendiéndose por ello que los demandantes destinarán dichas viviendas para la venta o alquiler, lo que supone que no les sea de aplicación la normativa protectora de consumidores.

Por tanto, hemos de resolver si los demandantes se dedican de manera profesional a la promoción y gestión inmobiliaria, y en particular, si la explotación patrimonial de un inmueble se ha de calificar como actividad profesional. De las conclusiones que resulten se derivará la aplicación o la inaplicación de la legislación sobre protección de consumidores y usuarios.

Es evidente la titularidad de las viviendas por parte de los demandantes, pero para que la adquisición de viviendas se enmarque fuera del ámbito de los actos de consumo amparados por la legislación especial es preciso demostrar que dichas viviendas efectivamente van a ser destinadas a la venta o alquiler de las mismas y sobre todo ello que los demandantes se dedican profesionalmente a desarrollar una actividad empresarial, profesional o comercial de promoción inmobiliaria en su más amplio sentido (venta y aprovechamiento, en general).

Como punto de partida hemos de tener en cuenta que la mera adquisición de un inmueble no excluye la condición de consumidor de su titular. El acopio patrimonial no supone -de por sí - actividad comercial, profesional o empresarial. La explotación del patrimonio inmobiliario solo se enmarca en el ámbito comercial, profesional o empresarial cuando quien la lleva a cabo se dedica con habitualidad a desarrollar tales actividades y organiza su capital para asegurar una continuidad productiva-comercial. Así pues, el concepto de habitualidad en el ejercicio de la actividad y el concepto de organización productiva-comercial-profesional son determinantes para distinguir entre quien actúa para obtener rentabilidad de un patrimonio (inmobiliario en este caso) y quien actúa de manera profesional, comercial o empresarial para la explotación de unos factores de producción.

La mayor o menor envergadura del activo patrimonial puede tener una cierta relevancia, pero lo que realmente convierte la actividad del inversionista en actividad profesional, comercial o empresarial es la habitualidad y la afección de los bienes de manera programada y organizada.

En este caso, consta que suscribieron una escritura pública de préstamo hipotecario para la vivienda sita en la calle XXXXX de la localidad de Zumárraga (Gipuzkoa) y que en virtud de dicho contrato de permuta adquirieron seis viviendas, pero en modo alguno se infiere de estos hechos que los demandantes se dedique profesionalmente a la promoción y gestión inmobiliaria, ni que actúen como empresarios en tal sector o que se dedique a la explotación comercial en el ámbito indicado. No concurre ni el concepto de habitualidad ni el concepto de organización productiva que se requiere para entender que se desarrolla de manera activa un empeño empresarial, comercial o profesional.

No consta que perciban rentas de los locales o viviendas y si los mismos los tienen arrendados. A mayor abundamiento cabe señalar que se ser ciertos tales hechos, la obtención de esos rendimientos no supondría más que un acto de explotación de un activo y la rentabilidad que de él se pudiera derivar. De lo contrario, cualquier consumidor que invirtiera en activos financieros pasaría a perder la condición de consumidor sólo por destinar parte de su patrimonio (dinerario, en este caso) a la obtención de rentabilidad.

Así pues, ni por actos esporádicos (adquisición de seis inmuebles en este caso) ni por actos de explotación limitada de un activo, sin dedicación profesional a la obtención de rendimientos a partir de actividad habitual y organizada, se puede excluir la condición de consumidor de un mero inversionista. Téngase en cuenta, en este caso, que no consta en autos ni se ha acreditado por medio de prueba alguna que los demandantes hayan vendido o arrendado dichos inmuebles

y obtengan por ellos algún beneficio, y de ninguna de las maneras, que la actividad profesional, comercial y empresarial de los demandantes sea la de promoción y gestión inmobiliaria.

Queda acreditada la condición de consumidores de los demandantes y es de aplicación la legislación de protección de consumidores y usuarios, pudiendo valorarse el carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

CUARTO.- Nulidad de la “cláusula-suelo”.

Con fecha 21 de octubre de 2010 los demandantes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario por importe de 138.000 euros y plazo de ciento veinte plazos, siendo parte prestamista en el mismo la entidad Caja Rural de Navarra. Entre las cláusulas de dicho contrato se introdujo la conocida como “*cláusula suelo*”.

En efecto, en la Cláusula tercera del contrato y bajo la rúbrica de “*INTERES ORDINARIO Y REVISIONES DEL TIPO DE INTERÉS*”, se contiene un apartado denominado “*TIPO DE INTERÉS ORDINARIO MÍNIMO*”, en el que se establece que: “Pactan las partes expresamente que el tipo de interés ordinario resultante de lo anteriormente pactado no podrá ser nunca inferior al DOS ENTEROS TREINTA CENTESIMAS DE OTRO ENTERO (2,30%) POR CIENTO”.

Esta cláusula está sujeta a control de transparencia, tal como ha declarado el Tribunal Supremo y la misma debe ser calificada como abusiva atendida la construcción jurisprudencial que refiere la sentencia dictada por el pleno de la Sala I del TS el 9 de mayo de 2013.

Del resultado de la prueba practicada no queda probado que la entidad bancaria actuase con transparencia y claridad en la imposición de esta cláusula. No consta en autos una información suficientemente clara de la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato. No existe una simulación de un escenario relacionado con un comportamiento previsible de la evolución del tipo de interés cuando se contrató la hipoteca. La demandada no acredita que los demandantes tuviesen constancia íntegra de lo que firmaban y de los efectos inherentes a tal firma.

No obstante lo expuesto anteriormente, el hecho de que el Notario leyese el contenido de la escritura, cuál es su obligación, nada acredita para que los demandantes entendiesen el condicionado de todas las cláusulas. Sin embargo, a la parte demandante no le hicieron simulación alguna.

Para decidir si la cláusula suelo es aplicable o no, debemos partir del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, cuyo núcleo duro puede ser compendiado en los siguientes cinco apartados.

PRIMERO. 1.1. Cuando las prestaciones que conforman el objeto principal del contrato se incorporan como cláusula general de la contratación, dichas prestaciones no tienen necesariamente que guardar equilibrio las unas con las otras. O, lo que es lo mismo, cuando la prestación en favor de una parte sea objetivamente de valor muy superior a la prestación en favor de la otra, existirá desequilibrio, pero no abuso. 1.2. Si esas cláusulas producen desequilibrio, tienen que ser transparentes. 1.3. Aunque una cláusula no negociada individualmente describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente, puede ser declarada abusiva.

SEGUNDO. Existe un doble control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. 2.1. El primero lo es a efectos de su legal inclusión como condición general los contratos. 2.2. El segundo, que es de claridad, resulta exigible a las cláusulas incorporadas a contratos con consumidores. Una cláusula puede superar el primer control, pero no el segundo.

TERCERO. En los contratos suscritos con los consumidores, el control de transparencia de una cláusula es mayor, y debe ponderar si el consumidor comprende realmente la importancia de dicha cláusula, para lo cual debe ser informado de cuál va a ser el desarrollo razonable de las circunstancias que guardan relación con ella (en el caso de autos, por ejemplo, mediante simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar).

CUARTO. 4.1. Una cláusula no negociada individualmente, incorporada a un contrato celebrado con un consumidor, puede ser clara pero perjudicial para éste. 4.2. Una cláusula no transparente, no necesariamente entraña desequilibrio para el consumidor. 4.3. Si la cláusula es clara, y define el objeto principal del contrato, no admite control de abusividad. 4.4. Si la cláusula no es clara, aunque defina el objeto principal del contrato, admite control de abusividad.

QUINTO. Desde la perspectiva de la protección del consumidor, para que una cláusula suelo sea lícita se requiere: 5.1. Que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato. 5.2. Que su transparencia permita al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. 5.3. Que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia, cuando menos a corto plazo (el futuro a medio y largo plazo resulta siempre

imprevisible). 5.4. Que cuando ese comportamiento permita prever que el interés contratado no superará el suelo estipulado, se informe al cliente de que lo contratado es un préstamo a interés fijo mínimo (variable exclusivamente al alza), en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán en su beneficio, o lo harán de forma imperceptible. 5.5. Que aunque no se dé desequilibrio por el simple hecho de que no haya equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, la oferta de cláusulas suelo y techo, cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. 5.6. Que constituye también un factor de distorsión de la información el diluir la relevancia de la oferta comercial mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, la cláusula suelo debe ser reputada abusiva, y ello por tres razones. La primera, porque no consta que la prestamista informase a la prestataria de cuál sería, a corto plazo, el comportamiento previsible del índice de referencia (euribor) a partir del momento de su aplicación; por ejemplo, mediante simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés de referencia en el momento de contratar. La segunda razón, es que era previsible que el interés contratado sin la cláusula suelo no llegara a superar el suelo estipulado, razón por la cual la prestamista debió informar a los prestatarios de que estaban realmente contratando un préstamo a interés fijo mínimo, variable exclusivamente al alza, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja (Euribor) probablemente no repercutirían en beneficio de los clientes. La tercera razón, consiste en que, ofertándose la cláusula suelo y techo en un mismo apartado del contrato, la prestamista distorsionó la información facilitada a los clientes, pues les presentó el techo como contraprestación o factor de equilibrio del suelo, cuando realmente el techo no actuaba así, pues no era en absoluto previsible que el tipo de interés de referencia alcanzara el techo estipulado, 18%. Estas circunstancias se desprenden de la escritura de préstamo y es que la parte demandada no ha aportado la más mínima prueba al respecto.

En cuanto al deber de información. El artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores establece como regla cardinal del comportamiento de las empresas de los servicios de inversión y entidades de crédito frente al cliente, el dar absoluta prioridad al interés del cliente.

En relación a la carga de la prueba sobre el correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros debe tenerse presente la STS

de 14 de noviembre de 2005, en la que se afirma que “*la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes*” y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo que resulta lógico desde la perspectiva de los clientes en tanto que para ellos se trataría de probar un hecho negativo como es probar la ausencia de dicha información.

El derecho de información del cliente se considera, pues, como la forma más importante de la libertad contractual. Ítem más, el error en el que incurrió la parte actora, motivado e inducido por la demandada supone una representación falsa sobre la adecuación del objeto a la finalidad contractual perseguida, las bases del negocio, las premisas del contrato, los propios aspectos que conjuntamente las partes asumían como los que habían conducido a la celebración del contrato. El resultado de la prueba practicada justifica, atendida la legislación de consumidores y usuarios, que no es al cliente a quien corresponde acreditar que le fue facilitada la información que exige la disciplina legal mencionada hasta aquí, fruto del reforzamiento de la buena fe que ha de caracterizar todos los contratos y, particularmente, la contratación con entidades bancarias. Es al obligado a dar tal información suficiente y explicativa, tanto de la naturaleza del contrato como de los riesgos que supone, a quien compete, conforme al artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, probar que lo hizo. Además, la correcta información de los productos en el mercado financiero ya hemos señalado que corresponde a la demandada ya que desde la óptica del actor sería probar un hecho negativo como es la ausencia de dicha información. No se facilitó información suficiente sobre naturaleza de lo contratado, incumpliendo la obligación de que se hiciera especial hincapié en los mismos.

Así las cosas, es de aplicación la ley general de condiciones de contratación de 13 de abril de 1998, norma que por su obviedad doy por reproducida.

Concurre, a la vista de la prueba practicada, el condicionado concurrente del artículo 1 de de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y los requisitos señalados por la doctrina, ítem summun, de contractualidad, predisposición, imposición, generalidad,

Igualmente, es de aplicación la directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en su redacción del artículo 3,2. La oferta vinculante que consta en las actuaciones no figura suscrita por la parte actora, ni consta que dicha parte tuviese conocimiento de la misma. No consta prueba documental que justifique sobre la previa entrega de documentación con la oferta correspondiente, explicación suficiente y escrita sobre el funcionamiento de la

cláusula suelo y su efecto en el precio y la evolución del tipo de referencia y su incidencia en relación con los márgenes de la cláusula suelo.

En cuanto a la lectura por el Notario de la escritura. Como reiteradamente establece la jurisprudencia la simple intervención notarial no garantiza el control de comprensibilidad y es que dicha comprensibilidad debe inferirse del propio juego o desarrollo 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 del exigido especial deber de transparencia. Tal circunstancia, en todo caso, no exime a la demandada de cumplir las garantías de claridad y transparencia. No consta, a la vista de la prueba practicada, que la información precontractual se transmitiese con la suficiente claridad y transparencia de forma que el cliente pudiera alcanzar un cabal y efectivo conocimiento de su funcionamiento y consecuencias.

El resultado de la prueba practicada justifica que incorporación de la cláusula suelo al contrato no supera el segundo control de transparencia, la comprensibilidad que ya viene exigiendo el Tribunal Supremo, Sentencia de septiembre de 2014. La prueba aportada por la demandada es ninguna.

La imposición de las cláusulas suelo, 2,30% y cláusula techo, 18%, son desproporcionadas. La demandada se beneficia de las subidas de la referencia hasta un lejano techo, y al mismo tiempo, al bajar, se beneficia del suelo. El beneficio para el cliente es mínimo y desproporcionado para la demandada. La demandada no aporta explicación objetiva y fundada sobre previsiones de evolución de los tipos en la fecha de los contratos, con las innegables consecuencias probatorias que ello suponen, tampoco consta que se transmitiera información al cliente sobre las previsiones de evolución de tipos de referencia.

Por tanto, concurriendo los requisitos jurisprudenciales y legales expuestos, procede estimar la acción planteada.

QUINTO.- Consecuencia de la nulidad de la “cláusula-suelo”.

En atención a lo anteriormente expuesto, procede declarar la nulidad de la cláusula, que de conformidad con lo previsto en el fundamento jurídico decimosexto de la STS 9 de mayo de 2013 producirá como efecto la eliminación de la misma del contenido del contrato, sin que proceda integrar el contrato. En

ausencia de dicha cláusula el contrato recobra su esencia como préstamo a interés variable, por lo que la entidad demandada deberá proceder a un nuevo cálculo de los intereses en el desarrollo del contrato, aplicando los que correspondieren en aplicación de los índices de referencia contenidos en el préstamo hipotecario y sin la limitación que suponía la cláusula suelo.

Para el caso de que del nuevo cálculo de los intereses se desprenda que el prestatario hubiere abonado en concepto de intereses una cantidad superior a la que le correspondería una vez eliminada la cláusula suelo, es evidente que surgirá un deber de reintegro de la entidad prestamista que habrá de computarse en los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, esto es, desde el momento de la celebración del contrato, y cuya liquidación habrá de verificarse en ejecución de sentencia.

Esta cantidad se verá incrementada en el interés legal del dinero desde el momento de su cobro por la parte demandada, en virtud del artículo 1.303 del Código Civil.

La parte demandada, a la vista de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fijada en las Sentencias de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 conforme a la cual declarada nula por abusiva una cláusula de limitación de la variación del interés de un préstamo por fijación de un mínimo, entiende que sólo deben reintegrarse los intereses indebidamente cobrados por la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de publicación de la primera Sentencia de 9 de mayo de 2013 en la que se fijó la doctrina sobre el carácter abusivo de tales cláusulas por no respetar los requisitos de transparencia que deben reunir las cláusulas no negociadas insertas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor o usuario.

Pues bien, la cuestión debe ser resuelta conforme la reciente Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de fecha 21 de diciembre de 2016 en la que dando respuesta a varias cuestiones prejudiciales suscitadas por órganos judiciales españoles concluye declarando que:

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un

consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.”

Señala el Tribunal de Luxemburgo en el apartado 72 de dicha Sentencia que: “la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013”, y en el apartado 73 que: “De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU: C: 2013:164 , apartado 60)”, y por ello en el apartado 74 concluye que: “En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70)” y finalmente en el apartado 75 que: “De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en

un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Pues bien, la cuestión controvertida debe resolverse en el sentido que una vez declarada la nulidad por abusiva la cláusula de limitación de la variación del tipo de interés por fijación de un mínimo, y ello con independencia que tal declaración de abusividad se funde en la falta de requisitos de incorporación de la cláusula al contrato o en la ausencia de los requisitos de transparencia material, las consecuencias jurídicas que debe tener tal declaración no pueden ser otra que la no vinculación de las misma para el prestatario consumidor conforme señala el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y con ello la nulidad con efectos originarios o retroactivos de la misma, lo cual por otra parte es conforme al artículo 1.303 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta que dispone que un contrato o cláusula del mismo que sea declarado nulo no produce efectos jurídicos desde la misma celebración del contrato, por todo lo cual el banco prestamista que impuso la cláusula nula por abusiva queda obligado a restituir al prestatario consumidor todos los intereses ordinarios cobrados de más de forma indebida por aplicación de la citada cláusula desde el origen del contrato o desde que tal cláusula tuvo aplicación en la vida contractual, sin que quepa limitar la restitución a la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, pues tal limitación es contraria al artículo 6.1 de la mentada Directiva 93/13/CEE y la doctrina fijada sobre el mismo por la susodicha Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

SEXTO.- La estimación de la demanda determina que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las costas deban ser abonadas por la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO

Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Díez Orus, en nombre y representación de Don **XXX XXX XXX XXX** y Doña **XXX XXX XXX XXX** contra **CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO**, representada por el Procurador de los Tribunales Don Aitor Noval Barrena, en consecuencia,

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad de la denominada “*cláusula-suelo*” contenida en la cláusula tercera de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 21 de octubre de 2010, que establece en todo caso el límite a las revisiones del tipo de interés en un mínimo aplicable de un 2,30%, y

DEBO DE CONDENAR Y CONDENO a la parte demandada a estar y pasar por dicha declaración y a que abone a los demandantes la cantidad que haya percibido como intereses en aplicación de la “*cláusula-suelo*”, a partir del momento de la celebración del contrato, cantidad que habrá de ser incrementada en el interés legal desde su cobro.

Las costas procesales deberán ser abonadas por la parte demandada.

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

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 ConsXXXnes que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 1876000004017216, 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).

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

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en BERGARA (GIPUZKOA), a dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.