

SEGUNDO. El 15 de abril de 2017 la Procuradora Sra. Burón presentó escrito de contestación a la demanda en nombre y representación de CAJA RURAL DE NAVARRA, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO. Tras la audiencia previa, con ocasión de la pericial caligráfica acordada, se suspendió el juicio señalado en septiembre de 2017. Finalmente, se señaló juicio el día 11 de enero de 2018, al que asistieron ambas partes en legal forma. Tras la práctica de la prueba que fue admitida, las partes formularon sus conclusiones.

TERCERO. En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La actora solicitó la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes:

1º. Cláusula tercera sobre interés remuneratorio IRPH o IRMH a partir del 2º año del préstamo y en consecuencia se condene a la devolución de todos los intereses remuneratorios cobrados por la aplicación del IPRH/IRMH desde el segundo año, a determinar en ejecución de sentencia, con los intereses legales.

2º. Cláusula sexta sobre intereses de demora, y se condene a la devolución de todas las cantidades cobradas en tal concepto que se determinen en ejecución de sentencia, con los intereses legales.

3º. Cláusula cuarta de comisiones por impago de cuotas o cualquier otra obligación del préstamo, y se condene a la devolución de las cantidades cobradas por tal concepto que se determinen en ejecución de sentencia, con los intereses legales.

4º. Cláusula quinta sobre gastos a cargo del prestatario, y se condene a la devolución de los gastos abonados en concepto de gastos y honorarios de Notaría y Registro de la Propiedad, impuesto de actos jurídicos documentados con los intereses legales.

En el acto de la audiencia previa se renunció a la reclamación de gastos por honorarios de abogado y procurador.

Los hechos son sucintamente los siguientes: los litigantes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario por importe de 510.000 € formalizado ante Notario en fecha 5 de mayo de 2006. Las cláusulas cuestionadas no fueron negociadas por los demandantes sino que fueron impuestas por la entidad. Este préstamo ya ha sido ejecutado. Se alega la nulidad de la cláusula de interés IRPH por falta de claridad, y la nulidad de los intereses demora, comisiones y gastos en base a la LGDCU.

La parte demandada se opuso negando la condición de consumidor de los demandantes toda vez que la finalidad del préstamo era el negocio de [REDACTED]. Se aduce que existió negociación, en especial en lo referente al tipo de interés, y que la mencionada estipulación es clara. Los clientes fueron debidamente informados. Sobre el interés de demora se aduce que la Caja minoró los mismos de manera automática. A la vista de los impagos de los demandantes hubo que mandar diversas comunicaciones lo que justifica las comisiones por impago. Y por último, argumenta que de acuerdo con la legislación vigente los gastos de notaría, registro, impuestos, contribuciones y tasas son de cargo del prestatario.

SEGUNDO. Sobre la condición de consumidor de los demandantes:

La Directiva 93/13 se considera consumidor a toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; y profesional a toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

La Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios también define los conceptos de consumidor y empresario. Los primeros serán aquellas personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En cambio, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

En cuanto al concepto de consumidor, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 atiende al concepto de "destinatario final", en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder "a fines privados". La Audiencia Provincial Baleares en auto de 3 de junio de 2013 establece que "... la amplitud que tiene el concepto de consumidor de crédito en la LCC con relación al concepto de la LGDCU no puede cobijar como consumidores a las personas físicas que siendo profesionales o empresarios realizan negocios de crédito que no caen en el ámbito de la actividad que los define como profesionales o empresarios, pero que, sin embargo, están destinados a insertarse en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. No sólo lo impide el texto de la LGDCU, sino también el hecho de que se exige para ser consumidor protegido por la LCC que estas personas actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional".

En el presente caso, según ha declarado ██████████, los demandantes regentaban ██████████ en régimen de alquiler y residían en una vivienda arrendada, por lo que solicitaron un préstamo con el objeto de adquirir una vivienda en la que pudiera residir y al mismo tiempo llevar el negocio de ██████████. En el documento nº 3 de la contestación constan datos de posibles ingresos del ██████████. Sin embargo, el testigo Sr. Del Valle a pesar de manifestar que el crédito hipotecario se contrató para ██████████, posteriormente aclaró que sabía que también iban a residir allí. Por ello, tomando en consideración su condición de personas físicas y la finalidad mixta del préstamo hipotecario entre las que se incluye la vivienda habitual, se considera que procede aplicar la normativa sobre consumidores en este procedimiento.

TERCERO. Sobre la cláusula tercera del contrato: **el tipo de interés variable de referencia IRPH;**

Son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art LCGC). La STS de 9 de mayo de 2013 concluye que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

El art. 3.2 de la Directiva 93/13 establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Éste es el caso ante el que nos encontramos, puesto que la cláusula tercera del contrato litigioso es una estipulación que regula un elemento esencial del contrato, el precio, en cuanto cláusula predispuesta que recoge el interés variable del préstamo.

La citada STS dispone que el hecho de que las condiciones 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. En este sentido se ha pronunciado la STS de 14 de diciembre de 2017. Las condiciones generales de la contratación de los contratos suscritos con consumidores deben someterse a un doble control, el de incorporación o inclusión y el de transparencia.

Por lo que respecta al control de incorporación, debe atenderse a una mera transparencia documental o gramatical, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio. El índice de referencia es un índice oficial

regulado por disposición legal, por lo que siendo una estipulación gramaticalmente clara –se aplica un 4,25 % durante el primer año siendo variable el resto de la vida del préstamo. El importe absoluto de los intereses vendrá determinado por la aplicación de una fórmula que se redacta en la estipulación tercera. “se entiende por tipo de referencia la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades, (incluidos bancos y cajas de ahorro) publicado en el BOE del mes anterior al de la fecha de revisión del tipo de interés señalado anteriormente.”- y en consecuencia, supera el control de incorporación o inclusión.

En cuanto al control de transparencia, la STS de 8 de junio de 2017 recoge que: este control tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado (el sacrificio patrimonial a cambio de la prestación que se quiere obtener) y la carga jurídica del mismo, es decir, la definición de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. A los elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica sin necesidad de realizar un análisis minucioso del contrato.

La STS de 14 de diciembre de 2017 se acoge al art 4.2 de la Directiva 93/13 “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, para considerar la transparencia de la cláusula.

Por el contrario, la jurisprudencia europea ha establecido que dicho artículo debe interpretarse de manera restrictiva:

“Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el

consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C 348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52)”.

“el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto”. (STJUE de 20 de septiembre de 2017y STJUE de 30 de abril de 2014). Las citadas sentencias versan sobre contratos de crédito en divisa extranjera, sin embargo, resulta aplicable al presente caso toda vez que se examina una estipulación que es un elemento esencial del contrato, como la estipulación sobre el IPPH en el contrato litigioso de este procedimiento.

Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información

proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (STJUE de 30 de abril de 2014, de 23 de abril de 2015 y 20 de septiembre de 2017).

En la escritura únicamente consta la definición del índice de referencia, que es aproximadamente la definición que realizó el testigo Sr. Del Valle cuando se le preguntó por este tipo de referencia. Los demandantes manifestaron desconocer que existía este tipo de interés hasta que, hablando con amigos y familiares que comentaban que sus cuotas hipotecarias se reducían y la de ellos subía, acudió a la caja. Por ello asegura que tras el procedimiento de ejecución hipotecaria (no discutido y acreditado por los documentos adjuntos a la demanda), no es posible que firmara el documento de novación (nº 2 de la contestación) si bien reconocen sus firmas, y así lo ha determinado la prueba pericial. ████████ declaró de manera contundente que si llega a saber que le vuelven a aplicar ese índice no hubiese firmado.

No obstante, en primer lugar, se discute si en el momento de la celebración del contrato eran conocedores de que el interés remuneratorio tenía el índice de referencia IRPH y si comprendían su funcionamiento. A pesar de que el testigo Sr. Del Valle – comercial de la operación- ha declarado que en un principio negociaron el tipo de interés EURIBOR y posteriormente se modificó a IRPH y que mantuvieron reuniones constantes durante meses a este efecto, no consta información precontractual sobre el tema ni explicaciones al respecto sobre el funcionamiento del tipo ni eventuales escenarios; la oferta vinculante no aparece firmada por los demandantes. Se exige a los profesionales un plus de información en los contratos celebrados con consumidores para que éstos puedan tomar la decisión con pleno de conocimiento de la carga jurídica y económica del contrato sin analizar pormenorizadamente el mismo. Este plus de información no ha existido en este caso, puesto que la definición que aparece en la escritura es la única referencia al interés que consta que tuvieron los consumidores, sin que sea relevante que el Notario autorizante en la lectura de la escritura dijera expresamente “IRPH” puesto que no aparece en dicho documento.

En virtud del artículo 3 de la Directiva 93/13 y 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, una cláusula se considerará abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato celebrado entre ese consumidor y un profesional.

En consecuencia, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas sobre la falta de información precontractual y la ausencia de explicaciones en relación con el interés del contrato de préstamo hipotecario, se entiende que la estipulación tercera debe declararse abusiva en aplicación de la jurisprudencia europea, puesto que los demandantes, en base a la prueba practicada, no tuvieron posibilidad real de comprender el alcance de las disposiciones relativas al tipo de interés.

CUARTO. La cláusula sexta sobre **intereses de demora**: Esta estipulación fija un interés de demora del 18 %.

Todo interés de mora por su propia condición de cláusula indemnizatoria por el incumplimiento del deudor de la obligación, tiene que ser superior al ordinario pactado con carácter remuneratorio, pero en todo caso, debe guardar cierta proporción. Dicha proporción no se da cuando existe una diferencia sustancial entre el interés remuneratorio y de mora. Para determinar tal diferencia se atiende al interés pactado y al interés legal del dinero. Esta doctrina ha sido aceptada por la STS Sección 1ª de 23 de septiembre de 2010.

En la sentencia del TJUE de fecha 14 de marzo de 2013 se fijaron como parámetros a tomar como referencia para decidir si la cláusula por la que se fijaba el interés de demora era o no abusivo los siguientes: “las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos”.

En atención al artículo 85 del Real Decreto Legislativo son abusivas las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. El interés legal del dinero en el año de contratación del préstamo que se reclama en este procedimiento, es decir, el año 2006, era el 4%. En el contrato se fija un interés de demora de 18% además de unas comisiones por impago.

Atendiendo a la doble penalización y al elevado porcentaje del interés de demora, debe declararse abusiva dicha estipulación fijado en la cláusula sexta del contrato que da inicio a este

procedimiento, con independencia de que a lo largo de la vida del préstamo se haya ido acomodando dicho interés a las exigencias jurisprudenciales.

QUINTO. La cláusula cuarta sobre **comisiones por impago de cuotas o cualquier otra obligación:**

“Cada vez que se produzca un impago de cualesquiera de las obligaciones asumidas por la parte prestataria en virtud de la presente escritura, de devengará en favor de la Caja Rural de Navarra, una comisión de impagado de 30 € que será pagadera por la parte prestataria en el momento en el que se produzca cada uno de dichos impagos”. Asimismo, se fijan comisiones para los casos de cancelación anticipada por parte del prestatario y por subrogación del acreedor.

La Orden de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda sobre tipos de intereses y comisiones, vigente en el momento de la contratación, en su número 7, punto 4, dispone que los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo, deberán recoger de forma explícita: a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descubierto, los precios efectivos inicial y final de la operación. b) Las comisiones y gastos repercutibles que sea de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fecha de devengo y liquidación. Finalmente, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre en su norma tercera señala que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En conclusión, cualquier comisión que las entidades bancarias repercutan en los clientes debe corresponder a la prestación de un servicio real acreditado, que es el que se remunera, según se infiere del artículo 277 del Código del Comercio y de la naturaleza bilateral y contraprestacional de la propia comisión”.

La citada disposición se encontraba vigente en el momento de la contratación, pero ha sido derogada cuando el 29 de abril de 2012 entró en vigor la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, pero se mantiene el mismo principio normativo, pues el artículo 3 es todavía más riguroso en lo relacionado con las comisiones al establecer que sólo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a

servicios efectivamente prestados o gastos habidos, añadiéndose que en la contratación bancaria a distancia o de un cajero automático tal información debe darse antes de que el servicio sea prestado.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Civil sección 21 del 27 de Septiembre del 2011 que establece que “el concepto de comisión bancaria se anuda necesariamente con unos servicios efectivamente prestados por la entidad bancaria. Así resulta e la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, cuya norma tercera declara que las comisiones y gastos repercutidos deben responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. Pues bien, la comisión bancaria de devolución no responde a ningún nuevo servicio efectivamente prestado, por lo que su devengo carece de justificación.

La SAP de Araba de 30 de diciembre de 2016 dispone que “Cuando se produce una “posición deudora”, es decir, un impago por el cliente bancario, la tarea de recobro no es un *servicio* efectivamente facilitado al cliente, ni un gasto en que incurra la entidad por prestarlo. El cliente ni demanda ni precisa de esa reclamación. El servicio sólo es para la entidad bancaria, que reclama el pago. Es decir, para la parte contratante cuyo objeto social es tal actividad. El cobro de una cantidad al cliente por realizar una gestión de cobro a ese cliente, no responde a un servicio al mismo, ni un gasto por verificarlo. Cumple una función legítima, el recobro de lo impagado, pero que sirve al profesional, no al consumidor. Si se produce el descubierto, impago o “posición deudora”, opera inmediatamente el interés de demora. Si a ese interés se suma la “comisión” ahora discutida (que permite el cobro de hasta 30 euros por remitir un simple correo electrónico), resulta una sanción civil o indemnización desproporcionada, que carece de justificación y vulnera el art. 85.6 LGDCU, que declara abusivas “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

En aplicación de la anterior jurisprudencia se concluye que la cláusula de comisiones es abusiva en cuanto que su devengo carece de justificación.

SEXTO. La cláusula quinta sobre gastos a cargo del prestatario:

Se imponen a la parte prestataria el abono de todos los gastos de escritura y derivados, carta de pago, cancelación e inscripción, gastos e impuestos, contribuciones, tasas de cualquier tipo ... etc.

Por lo que respecta a los gastos notariales, el artículo 63 del Reglamento del Notariado establece que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial. En cuanto a los gastos registrales, el RD 1427/1989 de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone en el Anexo II, norma Octava que, los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b y c del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes le soliciten.

La STS 705/15 de 23 de diciembre de 2015 dispone expresamente que “en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (*artículo 517 LEC*), constituye la garantía real (*arts. 1875 CC y 2.2 LH*) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (*art. 685 LEC*). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (*art. 89.2 TRLGCU*).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso”.

En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El *art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (*letra d*). Por otro lado, el *art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución* de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el *art. 27.1 de la misma norma* sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el *art. 28* que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el *art. 89.3 c) TRLGCU*, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la *sentencia 842/2011, de 25 de noviembre*, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula”.

La STS citada es aplicable en el presente caso puesto que nos encontramos ante una cláusula idéntica, lo que supone una vulneración del art 89 de la LGDCU y por tanto procede declarar su nulidad.

SÉPTIMO. Los efectos de la declaración de nulidad:

El TJUE en las resoluciones de 30 de mayo de 2013 y 21 de enero de 2015 señala que una vez declarada abusiva una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, lo que procede es dejarla sin efecto frente al consumidor. Según el art 6 de la Directiva 93/13 el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato en cuestión debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva.

En particular, sobre los intereses de demora, la STJUE de fecha 21 de enero de 2015 derivada de la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de la Directiva 93/13 en contraposición con la normativa nacional que dispone que el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de una cláusula de un contrato de préstamo que fija intereses de demora en un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante un tipo que no rebase este máximo. Se recogen las conclusiones de la doctrina de la citada STJUE: 1º. Que el hecho de que el interés no rebase el límite fijado en el art 114 LH no supone necesariamente que sea equitativo. 2º. Que la norma que permite el recálculo no impide que el Juez puede declarar la abusividad de la cláusula que fija el

interés moratorio. 3º. Si el Juez estimase que la cláusula es nula, podrá declararlo con los efectos que establece la doctrina del TJUE, es decir, la inaplicación.

El ATJUE de 11 de junio de 2015 recuerda que en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, del tenor literal del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula.

Aplicando la doctrina anterior al caso concreto, una vez apreciada la abusividad de las cláusulas, se deben excluir plenamente la aplicación de dichas estipulaciones. La declaración de nulidad de una cláusula y su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

OCTAVO. Procede estimar la reclamación de intereses conforme al art 1.108 del Código Civil “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”.

Este tipo de interés se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta resolución, habida cuenta lo previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto establece que, desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que correspondan por pacto de las partes o disposición especial de ley, supuestos estos dos últimos que no concurren.

NOVENO. En aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a quien ha visto rechazadas sus pretensiones, salvo que concurren serias dudas de hecho o de derecho, cuestión que sí sucede en el presente caso puesto que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha sido dispar, en particular en lo relativo al tipo de interés.

FALLO

1º. **ESTIMAR** la demanda presentada por 2017 la Procuradora Sra. Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de _____.

2º. **DECLARAR** la nulidad de las cláusulas tercera, cuarta, quinta y sexta del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 5 de mayo de 2006.

3º. **CONDENAR** a CAJA RURAL DE NAVARRA a estar y pasar por la anterior declaración y a restituir a la parte demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia; las cantidades cobradas por intereses de demora, comisiones por impago, y gastos con los intereses legales sin perjuicio de la aplicación del art 576 LEC.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (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 Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número ., 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. JUEZ(A) 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 AMURRIO (ALAVA), a quince de enero de dos mil dieciocho.