

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 3

VALENCIA

Avenida DEL SALER, 14 5º-ZONA ROJA
TELÉFONO: 96.192.90.39

N.I.G.: 46250-66-2-2015-0000802

Procedimiento: Asunto Civil 000236/2015

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: MARIA DOLORES ARLANDIS ALMENAR

Procurador: HERNANDEZ SANCHIS, MANUEL ANGEL

PARTE DEMANDADA CAIXA POPULAR CAIXA RURAL COOP CDTO V

Abogado: JORGE F. LUCAS DIRANZO

Procurador: SANZ OSSET, EMILIO

SENTENCIA Nº 88/2016

En Valencia, a veintinueve de marzo de dos mil dieciseis

D^a. Maria del Mar Fernandez Barjau, Juez sustituta del Juzgado de lo Mercantil número Tres de Valencia y su provincia; habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario número 236/15, promovidos a instancia de D.

; representados por el Procurador D. MAÑUEL ANGEL HERNANDEZ SANCHIS y asistidos por la Letrada D^a. M^a Dolores Arlandis Almenar, contra CAIXA POPULAR – CAIXA RURAL COOP. CDTO V., representada por el Procurador D. EMILIO SANZ OSSET y asistido por la Letrada, D. Jorge F. Lucas Diranzo, en ejercicio de acción de nulidad de condiciones generales de la contratación; en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la mencionada parte actora, en fecha 24/02/15 se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la cooperativa financiera CAIXA POPULAR-CAIXA RURAL, poniendo de manifiesto que para adquirir una vivienda, y en su condición de consumidores los actores suscribieron con la demandada en fecha 14/04/08 un préstamo hipotecario ante el Notario de Valencia D.

(protocolo nº), entre cuyas clausulas financieras, se establece como índice de referencia para la fijación del tipo de interés, el IRPH de Cajas, así como un límite mínimo a la variabilidad del 3% y un interés moratorio del 25%; sin ningún tipo de información previa por parte de la prestamista, incumpliendo la obligación de informar impuesta en la OM de 5/05/94, así como la buena fe en la práctica bancaria, en perjuicio del consumidor, y con beneficio exclusivo para la prestamista; solicitando en base a los hechos y fundamentos jurídicos expuestos, y conforme a la doctrina fijada por la STS de 9/05/13 y por vulneración de normas imperativas ex

art. 6.3 C.Civil, en relación con los arts. 80, 82, 83, 87 y 89 del TRLGDCU, art. 1 y 8 LCGC, art. 6 de la Directiva 93/13/CEE de 5/04/13, que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de tales condiciones generales de la contratación que fueron impuestas a los actores, por abusivas y falta de transparencia, condenando a la demandada a eliminar del préstamo hipotecario suscrito con los actores las siguientes cláusulas: a) la 5ª I que referencia los intereses al IRPH Cajas, b) la 5ª III que limita la variabilidad de intereses con un mínimo del 3%, y c) la 9ª que fija unos intereses de demora del 25%; así como a establecer como referencia principal del tipo de interés del Euribor; y a devolver las cantidades cobradas indebidamente sin aplicación de las cláusulas declaradas nulas desde la suscripción del préstamo (que ascienden a 28.974,20 € hasta la presentación de la demanda), más los intereses legales correspondientes; y todo ello con condena en costas a la demandada.

Por Decreto de fecha 13/03/15, se admitió a trámite la demanda, acordándose sustanciarla por las reglas del Juicio Ordinario, y tras la cumplimentación de los trámites y requisitos legalmente exigidos por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, se emplazó a la parte demandada a través de carta certificada con acuse de recibo.

SEGUNDO.- En fecha 22/04/15, la parte demandada debidamente representada y asistida, se personó en autos, presentando escrito de contestación, en el que negaba la existencia de una cláusula suelo en el préstamo litigioso, en tanto que la estipulación 5ª III, solo es de aplicación a efectos meramente hipotecarios, respecto de terceros, sin ninguna obligación para los prestatarios; rechazaba la nulidad de la cláusula 3ª de referencia del IRPH, por no ser una condición general de la contratación al ser negociada individualmente con los actores y determinar un elemento esencial del contrato, defendiendo su validez, ventajas y legalidad por ser el IRPH una de las 7 referencias oficiales según la Circular 8/90 del Banco de España, cumpliendo por tanto los requisitos de objetividad, seguridad, difusión y simplificación de trámites, no siendo manipulables al depender de las operaciones realmente formalizadas, y sin resultar perjudicial para el cliente, por no tener la evolución constantemente alcista postulada en la demanda, comportándose con mayor suavidad que el Euribor; cuestionaba también la nulidad de la cláusula 9ª sobre intereses moratorios, por haber sido negociada individualmente con los prestatarios; y finalmente se oponía a la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de las cláusulas litigiosas, al declarar la STS de 9/05/13 la irretroactividad de la nulidad por falta de transparencia, concretando finalmente la STS de 25/03/15 que por razones de orden público económico, los efectos de la nulidad deben desplegarse a partir de la publicación de la STS de 9/05/13; interesando por todo ello, que se dicte una sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda presentada de contrario, con expresa condena en costas a la parte actora.

Por diligencia de ordenación de fecha 24/04/15, se tuvo por contestada la demanda, y se convocó a las partes a una audiencia previa, de conformidad con el artículo 414.1 de dicho Texto Legal, y con la finalidad prevista en dicho precepto, señalándose para que tuviera lugar el día 1/10/15.

TERCERO.- La audiencia previa, se celebró el día señalado, con la concurrencia de ambas partes debidamente representadas y asistidas. Abierto el acto, y comprobada la subsistencia del litigio entre las partes, pese a haber sido exhortadas para llegar a una avenencia, sin lograrse el mismo, los litigantes ratificaron sus respectivos escritos de alegaciones, haciendo las aclaraciones que tuvieron por conveniente.

La parte actora impugnó los doc. 1 y 2 de la contestación en cuanto a su valor probatorio.

Tras delimitar los hechos y cuestiones controvertidos, las partes propusieron la prueba que tuvieron por conveniente que fue admitida en su totalidad; señalándose finalmente el día 4/02/16 para la celebración del acto del juicio.

CUARTO.- Llegado dicho día señalado, concurrieron en legal forma ambas partes. Abierto el acto del juicio, se practicó con la debida contradicción el interrogatorio del actor y del perito Sr. Galvez Hernandez, con el resultado que obra en el soporte audiovisual grabado al efecto.

Finalmente, las partes formularon sus conclusiones en los términos que tuvieron por conveniente, declarando las actuaciones conclusas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En primer lugar, conviene destacar que conforme señala la demandada en el hecho primero de su contestación, el préstamo litigioso no contiene ninguna cláusula suelo, o límite mínimo al tipo de interés variable, ya que la cláusula 3ª III, no es aplicable a los prestatarios, sino únicamente a terceros, según se desprende de su propio tenor literal: "a efectos meramente hipotecarios respecto a terceros, el tipo de interés que resulte por aplicación de esta cláusula no podrá ser inferior al 3% ni superar en más de 8 puntos el inicialmente pactado, sin perjuicio de que dentro del carácter obligacional de este pacto pueda rebasarse dichos límites". Por lo expuesto procede desestimar la pretensión de nulidad de la cláusula suelo por no concurrir en el presente caso los elementos fácticos que la sustenten, no existiendo la cláusula impugnada.

SEGUNDO.- Para enjuiciar la acción de nulidad de las otras dos cláusulas impugnadas (IRPH como índice de referencia e interés moratorio del 25%), basada en su falta de transparencia y abusividad por mala fe y perjuicio al consumidor, debe examinarse en primer lugar, si las mismas constituyen o no condiciones generales de la contratación, en el sentido si fueron o no predispuestas e impuestas por la prestamista al prestatario, conforme a lo expuesto por las partes en sus respectivos escritos de alegaciones y en la audiencia previa, siguiendo la doctrina fijada en la STS de 9/05/13.

La Ley de las Condiciones Generales de la Contratación, que establece en su art. 1 que "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, de 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". De esta definición, la STS de 9/05/2013 en sus puntos 137 y 138 explican los requisitos que se requieren para considerar que estamos ante una condición general de la contratación: "137. La exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir 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 Estipulación 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 Estipulación. 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. 138. De otro lado, para que una Estipulación contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores".

En cuanto a la imposición, esta se produce cuando, hay una predisposición de la cláusula (art. 1 LCGCG) y se obliga al consumidor asumir la cláusula, dándose tanto cuando éste no la conoce, como cuando conociéndola debe de aceptarla para poder obligarse en el resto del contrato (puntos 143 y 144 b) STS 9/05/2013). El elemento clave es la no negociación individual (puntos 148, 149 y 150 de la STS 9/05/2013), y se considera por parte del Tribunal Supremo el carácter de hecho notorio la predisposición y la imposición, sin perjuicio de la carga de la prueba por parte del empresario en interpretación del Art. 82-2 TRLCU 1/2007 y art. 3.2 Directiva 93/13/CEE (puntos 153 a 160 de la STS 9/05/2013); concluyendo por todo ello, en el punto 165 de la mencionada sentencia que: "a) La prestación del consentimiento a una Estipulación predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha Estipulación o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque

varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de Estipulación no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. d) La carga de la prueba de que una Estipulación prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario."

En el presente caso, la entidad demandada afirma que las cláusulas financieras fueron negociadas individualmente con el actor, manteniendo incluso reuniones en su propio taller y pactando un interés creciente, tratando entre las partes el contenido económico del préstamo antes de su suscripción como advera la oferta vinculante y el contenido de la escritura pública. Pese a tal afirmación, la parte demandada no aporta a autos ninguna oferta vinculante, ni copia de la misma va anexionada a la escritura pública del préstamo, no desvirtuando por tanto la afirmación contenida en la demanda, de no haber recibido los prestatarios ninguna oferta vinculante de la prestamista. El actor Sr. afirma en su interrogatorio practicado en el acto del juicio a propuesta de la demandada, que no firmó nada en la oficina bancaria, solo en la Notaría, y que recuerda conversaciones con los empleados de la entidad financiera, que eran pocas y versaban siempre sobre la cantidad, nunca sobre los intereses.

El contenido de la escritura pública carece de relevancia en orden a advenir la negociación individual de sus estipulaciones, en tanto que se obtiene copia de la misma tras su firma, no siendo además la firma de la escritura, el lugar y momento oportunos para conocer y negociar las cláusulas financieras del préstamo, no pudiendo delegar la entidad financiera en el notario su deber de informar ni tampoco su exclusiva facultad de negociar con el cliente.

De la prueba practicada en autos, se desprende claramente que los prestatarios no influyeron en el contenido de la cláusula relativa a los intereses ordinarios y moratorios, limitándose a negociar con la entidad demandada el importe del préstamo. Por todo lo expuesto, debe concluirse que las cláusulas litigiosas son condiciones generales de la contratación, puesto que no fueron negociadas entre las partes, no teniendo los prestatarios ninguna capacidad de influir en su fijación, eliminación o modificación, al no ser informados por la prestamista de su inclusión en el préstamo.

TERCERO.- Una vez determinada que las cláusulas litigiosas son condiciones generales de la contratación, siguiendo el orden expositivo de la STS de 9/05/13, debe valorarse si su imposición o inclusión en el contrato respeta el deber de transparencia, por cuanto que al definir el tipo remuneratorio el precio del préstamo y por ende el objeto del contrato, solo cabe valorar la abusividad de las cláusulas que no superan el control de transparencia.

Este control tiene dos vertientes según la STS de 9/05/13, debiendo comprobar si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, exigidas por el art. 7 LCGC.

Este control previo o de incorporación, exige no solo la superación de los

criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez de la LCGC (arts. 5 y 7) y de la información escrita y tiempos contemplados en la OM de 5/05/94, sino también de los requeridos en el art. 80 TRLCU de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, de accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, al ser el actor un consumidor.

La STS de fecha 9/05/13 tras analizar el control de la transparencia de las condiciones generales de la contratación incorporadas a contratos con consumidores, concluye en el punto 215 que "a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula nonnegociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato"; por lo que procede examinar si de la información facilitada, el consumidor pudo comprender realmente el alcance económico y jurídico de la cláusula.

En el presente caso, como se ha indicado en el anterior Fundamento jurídico, al valorar la prueba practicada en el acto del juicio, la entidad demandada, pese a incumbirle la carga probatoria, no acredita haber informado a los actores, por escrito ni verbalmente, con anterioridad a la suscripción del préstamo hipotecario, de la fijación del IRPH como índice de referencia para determinar el tipo de interés ordinario o remuneratorio variable, ni de un tipo moratorio del 25%; ni haberles explicado su trascendencia (tratándose de un elemento definitorio del objeto del contrato, en tanto que determina el interés remuneratorio que deberá pagar), ni la forma de su determinación (facilitando la prestamista sus datos comerciales para su configuración); ni haberles facilitado datos comparativos con otros índices de referencia, informándoles sobre su comportamiento habitual y previsible evolución futura, y concretando los costes comparativos de las distintas opciones, todo ello a fin de permitir a los actores tomar una decisión suficientemente informada sobre la opción más conveniente a su situación económica. No advirtiendo la entidad demandada de la trascendencia de tales cláusulas en orden a la determinación de su obligación económica debe concluirse que la imposición de las cláusulas litigiosas al contrato no superan el control de transparencia, al no haber tenido los actores la oportunidad real de comprender su efectivo alcance jurídico y económico.

CUARTO.- La falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas-suelo no negociadas, ni conocidas por el consumidor al contratar, sean desequilibradas y perjudiciales, debiendo por tanto examinar si las condiciones litigiosas son abusivas como postula la parte actora. A tal efecto, debe atenderse a los criterios señalados por la STS de 9/05/13, en el punto 233: "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-.

El Tribunal Supremo, profundiza la protección de los consumidores, en su sentencia de 8/09/14 y especialmente en la sentencia del Pleno de la Sala 1ª, Pleno de fecha 22/04/15 (nº 265/2015, rec. 2351/2012. Pte: Sarazá Jimena, Rafael), estableciendo en su Fundamento de Derecho Tercero (intitulado: El control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contrato celebrados con consumidores) que: "1.- La jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 241/2013, de 9 de mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 28 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumpla unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores, que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. De ahí que el art. 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios considere cláusulas abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente 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; el art. 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación prevea que « serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor »; el art. 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (como antes hacía el art. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) (EDL 2007/205571) establezca que « las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas »; y el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910)) disponga que « los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional ». Lo expuesto supone que, tratándose de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, la ausencia de vicios del consentimiento o, lo que es lo mismo, que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)

(EDL 2007/205571). Es más, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910) ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910) es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44). En conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, y que, como veremos más adelante, tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (artículo 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

QUINTO.- En el presente caso, el informe pericial adjuntado a la demanda, no impugnado ni desvirtuado de contrario, evidencia con el cuadro sobre evolución histórica del Euribor e IRPH Cajas plasmado en el punto 5, que si bien entre enero 2005 y agosto 2011 ambos índices evolucionaron en idéntico sentido, a partir de agosto 2011 mientras que el Euribor disminuyó drásticamente, manteniéndose por debajo del 1 a partir de septiembre 2012, el IRPH aumentó, manteniéndose en todo momento por encima del 3 hasta su desaparición a finales del 2013. De los BOE adjuntados a la contestación, se aprecia además que el IRPH Cajas de ahorros, en los años 2009 a 2013, siempre ha estado por encima del IRPH Bancos y del IRPH Entidades de crédito; concluyendo por tanto que de los índices de referencia oficiales, el impuesto por la entidad demandada era el más elevado. Por ello, y con independencia de la posible manipulación del IRPH cajas por la entidad demandada, postulada en la demanda y averada con el informe pericial aportado, lo cierto es que la imposición del más elevado índice de referencia, según evolución histórica constatada con la pericial y documental adjuntada a la contestación, solo puede beneficiar a la parte prestamista, al garantizarse mayor remuneración por el dinero préstamo, en claro perjuicio del prestatario que se ve obligado a pagar mensualmente mayor cantidad por dicho préstamo, que el resto de consumidores cuyos préstamos van referenciados al Euribor. Por todo ello, atendiendo a la imposición de dicha condición general de la contratación sin advertir a los actores del mayor precio del préstamo como consecuencia de referenciar el tipo remuneratorio al IRPH Cajas en lugar del Euribor, ni de la participación de la

entidad prestamista en la configuración del índice de referencia predispuesto, se considera abusiva la cláusula 3ª del préstamo hipotecario, por ser contraria a la buena fe contractual y exigida legalmente en la práctica bancaria, determinante de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en claro perjuicio de los consumidores, habiéndose incluido en el préstamo sin superar la transparencia exigida por el art. 82 TR LGDCU y art. 8 LCGC; debiendo por tanto declarar la nulidad del IRPH como índice de referencia para determinar el tipo remuneratorio del préstamo.

Siguiendo la doctrina de la STS de 9/05/13, la exclusión de la cláusula nula del contrato requiere la integración del mismo, sustituyendo la referencia litigiosa por otro índice oficial que respecto el equilibrio de los derechos y deberes de las partes, a fin de mantener la validez del préstamo hipotecario suscrito entre las partes. A tal efecto la parte actora interesa que la referencia al IRPH contenida en la cláusula 3ª I sea sustituida por la referencia al Euribor, no cuestionando la demandada tal particular en su escrito de contestación. Por ello procede acoger la petición actora, sustituyendo en el préstamo litigioso la referencia al IRPH por la referencia al Euribor a un año.

SEXTO.- Por otro lado, la parte actora sostiene la abusividad de la cláusula 9ª que establece unos intereses moratorios del 25%, cuestionando la demandada la tesis actora por no haber sido impuesta a los actores, extremo que ya ha sido resuelto en el fundamento jurídico segundo de esta resolución.

Esta cuestión litigiosa ha sido examinada por el Pleno del Tribunal Supremo en la sentencia nº 705/15 de fecha 23/12/15, estableciendo que: *"1. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal. 2.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter abusivo de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la " imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.3.- Así, el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH , al decir: «...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la*

aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"». 4.- Y la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». 5.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario». Asimismo, el antes referido Auto TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto: «...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios. Así pues, no cabe sino considerar que,

en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales. Los arts. 6, apartado 1, y 7, 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: - no prejuzgue la apreciación del carácter "abusivo" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y - no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva». 6.- Y por si ello fuera poco, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Y en la sentencia nº 470/15 de fecha 7/09/15, el Tribunal Supremo señala que: "La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. En unas ocasiones la redacción literal de la cláusula prevé esa adición, al establecer que el interés de demora consistirá en el que resulte de incrementar en x puntos porcentuales el interés remuneratorio, y en otras ocasiones se prevé simplemente que el interés de demora se devengará a un determinado tipo porcentual. Pero tanto en uno como en otro caso, el análisis de la función y finalidad de dicha cláusula lleva a la conclusión de que con ella se persigue incrementar en un determinado porcentaje el interés remuneratorio para que, además de retribuirse la disponibilidad del dinero por parte del prestatario, función que cumple el interés remuneratorio, se le disuada de incurrir en retraso en el cumplimiento del calendario de amortización del préstamo e indemnice al prestamista los daños y perjuicios que le provocan tal retraso. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora consiste en la adición de más de quince puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio. En la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril, consideramos que suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero durante un determinado tiempo, no debe ser una consecuencia de la nulidad de la cláusula

de interés de demora abusiva, teniendo en cuenta cuál es la razón de la abusividad: que el incremento del tipo de interés a pagar por el consumidor por encima de un 2% adicional al tipo del interés remuneratorio, en caso de demora, suponía una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). En consecuencia, lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo o incremento sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Por consiguiente, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez") ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

Siguiendo este criterio jurisprudencial, debe concluirse que la fijación de un interés moratorio del 25%, es abusivo, al superar en exceso el tipo remuneratorio fijado, por lo que debe ser declarado nulo, sin posibilidad de moderar la penalización en los términos interesados por la propia parte actora, de manera que procede anular la cláusula 9ª, excluyendo del contrato su tenor literal, de manera que el prestatario solo deberá abonar el interés remuneratorio, aún en caso de impago, careciendo de efectos la penalización impuesta en la cláusula 9ª por abusiva.

SEPTIMO.- Finalmente se discute en autos el alcance temporal de los efectos de la declaración de nulidad, postulando la parte actora sus efectos ex tunc, frente a la retroactividad defendida por la demandada.

En el presente caso, debe estarse a la doctrina fijada por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en la sentencia nº 139/15 de fecha 25/03/15 que establece "Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la *sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013* se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la *sentencia de 9 de mayo de 2013*". Si bien esta sentencia como la de 9/05/13 se refieren a la cláusula suelo y no a las litigiosas, procede aplicar al presente caso su doctrina, al examinarse la nulidad de cláusulas financieras de préstamos hipotecarios definitivas del precio, por abusivas y falta de transparencia, moderando los efectos retroactivos por razones de seguridad jurídica-económica igualmente concurrentes

en el presente caso.

Por todo ello, procede estimar sustancialmente la pretensión actora, declarando la nulidad, por abusivas y falta de transparencia de la cláusula 3ª I que fija el IRPH cajas como índice de referencia del tipo remuneratorio y de la cláusula 9ª que establece un interés moratorio del 25%, eliminando las mismas del préstamo hipotecario suscrito entre las partes que se integrará estableciendo con índice de referencia el Euribor a un año, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, sustituyendo el IRPH Caja por el Euribor a un año y eliminando los intereses moratorios del préstamo, debiendo recalcular la liquidación del préstamo con aplicación del Euribor a un año como índice de referencia en lugar del IRPH, devolviendo a la parte actora las diferencias resultantes desde la publicación de la STS de 9/05/13 (BOE de 4/06/13), con los intereses legales desde cada cobro que se incrementará en dos puntos a partir de esta sentencia ex art. 576 LEC.

SEPTIMO. Conforme al criterio del vencimiento en juicio plasmado en el art. 394 LEC, procede imponer a la parte demandada, las costas causadas en esta instancia, al haberse acogido sustancialmente la pretensión actora.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás preceptos de general y pertinente aplicación al caso de autos.

FALLO

Que estimando sustancialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Hernandez Sanchis, en nombre y representación de D. _____, contra la entidad CAIXA POPULAR-CAIXA RURAL COOP.CREDITO V., representada por el Procurador Sr. Sanz Osset, debo declarar y declaro la nulidad de las cláusulas 3ª I y 9ª del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 14/04/08 ante el Notario de Valencia D. _____ : (protocolo nº _____), eliminando del mismo el interés moratorio del 25% e integrándolo con un índice oficial no abusivo como es el Euribor a un año, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a sustituir el IRPH Caja por el Euribor a un año como índice de referencia del tipo remuneratorio variable, recalculando la liquidación del préstamo con arreglo a tales términos, devolviendo a la parte actora la cantidad cobrada en exceso por aplicación del IRPH Cajas desde la publicación de la STS de 9/05/13, con los intereses legales desde cada cobro que se incrementará en dos puntos a partir de esta sentencia; absolviendo a la demandada del resto de peticiones formuladas por la parte actora. Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Se requiere a la entidad demandada para que en el plazo de veinte días, presente nueva liquidación del préstamo aplicando como índice de referencia el Euribor a año desde el 4/06/13, fijando las diferencias respecto de cada cuota de amortización abonada por los actores.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (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, previo deposito de 50 e.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Secretario Judicial doy fe, en VALENCIA , a veintinueve de marzo de dos mil dieciséis.